A 455693 DUPL

Digitized by Google

1837
ARTES VERITAS SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE

Digitized by Google

Zeitschrift
für
österreichische Rechtsgelehrsamkeit
und
politische Gesetzkunde.

Nach des Gründers Tode fortgesetzt

von

D. Thomas Dolliner,

k. k. Hofrathe,

und

D. Joseph Kudler,

k. k. wirkl. Regierungsrathe und ordentl. öffentl. Professor.

Jahrgang 1836.

Erster Band.

Hauptblatt.

Vom Januar bis Juny.

Wien.

Druck und Verlag von J. P. Sollinger.

Inhaltsverzeichniß

des ersten Bandes.

Hauptblatt vom Januar bis Juny.

I.

Ueber die Execution eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Erbrechtes.

Vom

Herrn Joseph Eigner,

Justiziär zu Haugsdorf.

Das eilfte Heft dieser Zeitschrift vom Jahre 1833 enthält einen Aufsatz über die Execution eines in den öffentlichen Büchern eingetragenen Erbrechtes, welcher mich um so weniger überzeugt, als der Herr Verfasser desselben selbst über die Execution des Kaufrechtes gerade die entgegengesetzte Meinung ausgesprochen hatte[1], und meiner Ansicht nach, bey allem Unterschiede zwischen dem Erb- und dem Kaufrechte, dennoch in Beziehung auf die Execution dieser Rechte so viele Analogie vorhanden ist, daß schon von vorhinein angenommen werden zu können scheint, was von dem Einen gelte, leide auch auf das Andere Anwendung. Ich wage es demnach, meine, von jener des verehrten Herrn Verfassers des angeführten Aufsatzes abweichende, Ansicht mit der Bitte vorzutragen, dieser Versuch möge mir nicht als Anmaßung angerechnet, sondern bloß dem Wunsche zugeschrieben werden, über einen, wie es scheint, zweifelhaft gewordenen Rechtsfall, mir selbst Licht zu verschaffen; daher ich denn auch, indem ich einerseits Nachsicht für meine ungeübte Feder in Anspruch nehme, andererseits weniger auf allgemeine Anerkennung meiner Darstellung, als auf deren gründliche Widerlegung rechne.

[1]) Januarheft 1832.

Das den öffentlichen Büchern eingetragene Erbrecht soll nicht executirt werden können: 1.) weil ein Gläubiger die Execution nur auf jene Güter, welche seinem Schuldner gehören, oder auf jene Forderungen, welche sein Schuldner gegen einen Dritten zu stellen hat, erlangen könne, indeß eine Erbschaft nicht eigenmächtig in Besitz genommen werden dürfe, sondern vom Gerichte eingeantwortet werden müsse; sey aber die Einantwortung einmahl erfolgt, keine Execution des Erbrechtes mehr Platz greife, sondern schon die Execution der dem Schuldner angehörigen Güter Statt finde.

Allein abgesehen davon, daß eine Verlassenschaft durch die bloße Einantwortung an den Erben noch nicht in dessen Eigenthum übergeht, folglich dadurch allein noch kein Vermögen (Eigenthum) des Erben wird, weil ihm die Einantwortung nur den Rechtstitel zur Erwerbung des Eigenthumes der Verlassenschaft liefert, das Eigenthum selbst nach §§. 431 und 436 des allgem. b. G. B. nur durch die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes in die öffentlichen Bücher erworben wird [1]): kann doch wohl nicht geläugnet werden, daß auch das Erbrecht unter den im §. 285 aufgestellten Begriff von Sachen gehöre, weil im §. 292 bey Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche, als letztere alle Rechte bezeichnet werden. Sachen und Güter aber sind gleichbedeutende Begriffe, wenn das Wort: Sachen, in seiner weitesten, und zwar in jener Bedeutung genommen wird, in welcher es auch vom Gesetzgeber sogar auf die Rechte angewendet wird [2]);

[1]) Daß zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu unterscheiden sey, daß eine Erbschaft, insofern sie aus bloß beweglichen Sachen besteht, durch die bloße Einantwortung, als einer symbolischen Uebergabe, in das Eigenthum des Erben übergehen könne, gehört nicht zu meiner Frage, da ich es, nach der Aufschrift, bloß mit einer aus unbeweglichen Gütern bestehenden Verlassenschaft zu thun habe.

[2]) Im §. 288 des allgem. b. G. B. werden Sachen in Gemeindegut und Gemeindevermögen eingetheilt; folglich ist eine Sache auch ein Gut.

woraus folgt: daß auch das Erbrecht ein Gut eines Schuldners, und daher das 31. Capitel der allgem. G. O. auch auf das Erbrecht anzuwenden sey, weil dieses schon vor und unabhängig von der Einantwortung der Verlassenschaft als ein Gut des Erben besteht, und weil die Einantwortung der Erbschaft an Jemanden, der das Erbrecht nicht hat, gar nicht erfolgen kann.

Der Grund für die Behauptung des Gegentheiles beruht auf der nicht jederzeit und nothwendigerweise Statt findenden, daher wohl auch irrigen Voraussetzung, daß die Einantwortung der Verlassenschaft früher erfolge, als der Gläubiger im Executionszuge bis zu deren Feilbiethung gekommen ist; denn es läßt sich einerseits die Möglichkeit denken, daß die Execution wider den Erben schneller durchgeführt werde, als die Verlassenschafts-Abhandlung gepflogen wird, daß daher die executive Feilbiethung des Erbrechtes, sohin mittelbar der Verlassenschaft, bey allen drey Terminen viel früher Statt finden könne, als die Einantwortung der Verlassenschaft erfolgt: andererseits handelt es sich hier ja nicht um die Execution oder den Verkauf der Verlassenschaft, sondern nur um jene des Erbrechtes, d. i. des Rechtes: die ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben in Besitz zu nehmen, welches Recht früher bestehen muß, als es geltend gemacht werden kann, daher auch vor der Geltendmachung ein Object der Execution abgibt. Es besteht auch wirklich viel früher, als es geltend gemacht wird, denn es erwächst dem Erben am Sterbetage des Erblassers, indeß die Ausübung in der Besitznahme der Erbschaft besteht, welche Besitznahme aber von der, wie die Erfahrung lehrt, oft erst nach Jahren erfolgenden gerichtlichen Einantwortung abhängt. Aber auch selbst nach erfolgter Einantwortung kann, so lange die grundbücherliche oder landtäfliche Zuschreibung der Verlassenschaft an den Erben nicht Statt fand, genau gesprochen, aus dem bereits angeführten, auf §. 436 gestützten Grunde nicht behauptet werden: daß durch den Verkauf

der Verlassenschaft bereits ein Eigenthum des Erben executirt werde.

Allein „das Erbrecht soll während des Zuges der Abhandlung nicht als ein erworbenes, sondern als ein dem Erben bloß angefallenes Recht zu betrachten seyn.“ Dagegen kann ich aber einerseits nicht zugeben, daß das Erbrecht nicht unter die erwerblichen Rechte gehöre, daß es nicht gleich anderen Rechten erworben werden könne, denn dieser Behauptung ständen der §. 602, zufolge dessen das Erbrecht sich auf einen Erbvertrag gründen, und der §. 1278, zufolge dessen eine Erbschaft gekauft werden kann, entgegen, und ein durch einen Vertrag erlangtes Recht wurde doch gewiß erworben; und andererseits bringt sich mir die Frage auf: ob denn das Erbrecht, weil es nicht erworben wurde, sondern angefallen ist, darum weniger ein Recht, somit ein Gut sey? Ich kann mich nicht überzeugen, daß der zwischen den Begriffen „erworben“ und „angefallen“ bestehende Unterschied in Beziehung auf die Geltendmachung und den Gebrauch des Erbrechtes auch praktisch verschiedene Wirkungen äußern, d. h. daß das Erbrecht dieses Unterschiedes wegen nicht gleich anderen Rechten genützt werden könne. Allerdings setzt der gemeine Begriff des Erwerbens einen Aufwand an Mühe, Zeit und Kräften[1]) voraus, in welcher Bedeutung er auf das Erbrecht nicht immer paßt; allein erwerben heißt auch an sich bringen, überkommen, erhalten, erlangen, in welch letzter Bedeutung es auch vom Erbrechte gebraucht werden kann, denn selbst das Gesetz gebraucht im §. 536 den Ausdruck: das erlangte Erbrecht. Der Begriff: anfallen, dagegen scheint mehr auf den Zeitpunkt, wann das Erbrecht eintritt, hinzudeuten, daher mit „eintreten“ gleichbedeutend zu seyn; denn in eben diesem §. 536 heißt es: das Erbrecht tritt ein nach dem Tode des Erblassers;

---

[1]) Ich nehme das Wort Kräfte in seiner weitesten Bedeutung.

und der §. 545 sagt: der Tod des Erblassers ist der Zeitpunkt des Erbanfalles. Hiernach ist der Erbanfall das Eintreten des Erbrechtes. Zudem ändert weder der Umstand, daß das Erbrecht auf eine minder kostspielige oder mühsame Art erworben wird, noch jener, daß die Bestimmung des Zeitpunktes seiner Erwerbung nicht in der Willkür des Erwerbenden steht, wie dieß bey Erwerbung von anderen Rechten der Fall ist, etwas an der Natur des Erbrechtes, als eines selbstständigen Rechtes, und als solches ist es auch veräußerlich.

2.) Soll der §. 822 des allgem. b. G. B. die entgegengesetzte Meinung bekräftigen, weil nach demselben der Gläubiger des Erben das ihm angefallene Erbgut nur bis zur Sicherstellung mit Pfändung oder Vormerkung belegen, diese Sicherstellung nur mit einem Vorbehalte bewilliget werden könne, und erst von der Zeit der erlangten Einantwortung wirksam sey.

Dagegen muß ich jedoch bemerken, daß bey Anwendung dieser Gesetzesstelle auf die vorliegende Frage die Begriffe vom Erbgute und vom Erbrechte mit einander verwechselt werden, indem ersterer dem letzteren, um den es sich hier handelt, substituirt wird. Daß aber diese Begriffe nicht einerley bezeichnen, daß ein Erbgut wohl das Object des Erbrechtes, nicht aber dieses selbst sey, ist bereits erwähnt worden. Nun hat das Gesetz im §. 822 das Erbgut im Auge, indeß wir es mit dem Erbrechte, d. i. mit den Ansprüchen des Erben auf das Erbgut zu thun haben. Dieses letztere ist vor der Einantwortung kein Gut des Erben, daher auch das Gesetz dessen Executirung durch Gläubiger vor der Einantwortung consequenter Weise nicht gestatten kann; aber das Erbrecht ist ein Gut des Erben, wie ich bereits dargethan zu haben glaube.

Die Widerlegung der Behauptung des Gegentheiles führt zugleich zum directen Beweise über die Zulässigkeit und Ausführbarkeit der Execution des Erbrechtes.

Es entstehen dabey nämlich zwey Fragen:

1.) Unterliegt das Erbrecht der Execution?

2.) Wie ist diese Execution durchzuführen?

Meine Gründe für die Bejahung der ersten Frage sind folgende:

Wenn der Beklagte schuldig ist, sagt §. 311 d. allgem. G. O., dem Kläger eine Summe Geldes zu bezahlen, hat dieser in seinem Executions-Gesuche jene Güter des Beklagten namhaft zu machen, woraus er seine Befriedigung zu erholen Willens ist. Gezeigter Maßen gehört das Erbrecht zu den Gütern, folglich kann dasselbe, wenn es irgend einem Schuldner zusteht, in dem wider ihn überreichten Executions-Gesuche namhaft gemacht, sohin mit der Execution verfolgt werden. Die Resolution vom 14. Juny 1784, Nr. 306, welche unter andern auch zur Erläuterung der citirten Gesetzstelle erfloß, und dieselbe wörtlich wiederholte, schaltete nur die Klausel: ohne Ausnahme, ein, durch welche Einschaltung außer allem Zweifel gesetzt wird, daß jedes Gut, somit auch jedes (versteht sich) veräußerliche Recht mit der Execution verfolgt werden könne. Allerdings kann man sich nach §. 822 auf einem Erbgute vor der Einantwortung nur sicherstellen lassen, allein dadurch ist nicht untersagt, das Erbrecht exequiren, es feilbiethen, d. i. gerichtlich verkaufen zu lassen. Auch Forderungen, welche Schuldner an dritte Personen zu stellen haben, werden von den Gläubigern der ersteren in die Execution einbezogen. Nun heißt: eine Forderung haben, nichts anderes, als das Recht besitzen, sich eine gewisse Summe Geldes von einer bestimmten Person zuzählen zu lassen, d. i. die bestimmte Geldsumme selbst in Besitz zu nehmen. Das Erbrecht besitzen heißt: das Recht haben, eine ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben in Besitz nehmen. Gleichwie also der Execution einer Forderung des Schuldners eigentlich nur dessen Recht: die der Forderung entsprechende Geldsumme in Besitz zu nehmen, der Execution unterzogen wird; eben so muß,

meines Erachtens das Recht des Erben: seine Erbschaft in Besitz zu nehmen, der Execution unterliegen können.

Daß der executirende Gläubiger dabey und zugleich auch die Feilbiethung der Erbschaft bewirke, ist eben so wenig nothwendig, als bey der Execution einer intabulirten Forderung auch die Realität, welche ihm zum Unterpfande dient, gleichzeitig mit dem Schuld- und Pfandbriefe zur Versteigerung kommt. Denn gleichwie in diesem Falle dem Käufer der Forderung überlassen wird, dieselbe gegen den dritten Schuldner geltend zu machen, allenfalls durch Veräußerung der Hypothek zu realisiren: eben so kann dem Käufer des Erbrechtes überlassen werden, dieses letztere durchzuführen, die Erbschaft sich einantworten zu lassen, und sie sohin beliebig zu benützen, weil dem Einen wie dem Andern durch die Zuschlagung bey der Lizitation der Rechtstitel der Erwerbung, durch das Lizitations-Protokoll aber der Beweis darüber verschafft wird, und jener Rechtstitel, nach meiner Meinung für den Käufer des Erbrechtes eben so vollgültig ist, als es für den Erben selbst, das allenfalls vorhandene Testament seyn mag, um, darauf gestützt, die Einantwortung der Verlassenschaft zu erwirken.

Mit der dem Gläubiger eines Erben gestatteten Sicherstellung seiner Forderung auf das Erbgut erlangt derselbe wohl ein Pfandrecht, allein die Realisirung seiner Forderung durch den Verkauf des Pfandes würde derselbe, wenn nach unserer Vorausaussetzung das Pfand in einer Hypothek bestände, gegen den Willen des Erben nie bewirken können, weil das Pfandrecht des Gläubigers erst von dem Zeitpuncte der erfolgten Einantwortung des Nachlasses wirksam ist, und weil die Einantwortung allein dem Erben noch nicht das Eigenthum der Hypothek verschafft, dieser daher nach erfolgter Einantwortung nur deren Einverleibung in den öffentlichen Büchern, wozu er nicht gezwungen werden kann, zu unterlassen braucht, um die Rechte seines Gläubigers trotz aller Hypothek zu illudiren, indem dieser nur das Eigenthum seines Schuldners executiren kann.

Der Herr Verfasser des Aufsatzes, dessen Widerlegung ich beabsichtige, behauptet zwar, die Regel, daß Niemand gezwungen werden könne, den Besitz einer Realität anzutreten, erleide durch den §. 822, und durch das frühere, dasselbe aussprechende Hofdecret vom 27. May 1782, Nr. 51, eine Ausnahme, und wäre dieß wahr, so müßte ich allerdings zugeben, daß, was ich so eben von Illudirung der Rechte eines Gläubigers durch den Erben sagte, ebenfalls nur illusorisch sey. Allein einerseits kann ich mich nicht überzeugen, daß die eben citirten Gesetze eine Ausnahme von obiger Regel statuiren, andererseits wäre diese gesetzliche Ausnahme durch das Hofdecret vom 26. Februar 1819 schon lange wieder aufgehoben. Das bürgerl. Gesetzbuch statuirt die fragliche Ausnahme nicht, weil es schon an und für sich nicht bestimmt ist, die Normen über die Art und Weise aufzustellen, auf welchen die Rechte zu verfolgen sind, folglich anzunehmen ist, daß das im §. 822 dem Gläubiger eines Erben eingeräumte Sicherstellungsmittel nur unter Beobachtung der durch die Gerichtsordnung vorgeschriebenen Formen benützt werden könne; gleichwie im §. 461, hinsichtlich der dem Pfandgläubiger zu bewilligenden Feilbiethung des Pfandes, das Gericht ausdrücklich angewiesen wird, dabey nach Vorschrift der G. O. zu verfahren, nicht zu vergessen, daß die Sicherstellung einer Forderung von deren Executirung himmelweit verschieden ist, daß demnach die Gesetze für jene nicht auch von dieser gelten; das Hofdecret vom Jahre 1782 statuirt jene Ausnahme nicht, weil es ausdrücklich verlangt, „daß die Eintragung der letztwilligen Anordnung in die bey der Landtafel hierzu gewidmeten Bücher sich gegenwärtig gehalten werde," was bey dem Umstande, da durch die Eintragung des Testamentes in den öffentlichen Büchern das dem Erben aus dem Testamente erwachsene Recht selbst pränotirt oder einverleibt wird, denn doch wohl nur so viel heißt, als: Eine Pränotirung ꝛc. ꝛc. zu Gunsten eines Gläubigers des Erben könne auf landtäfli-

chen Gütern nur insofern Statt finden, als vorher der Erbrechtstitel des Erben der Landtafel einverleibt ist, oder mit andern Worten: Der Gläubiger eines Erben kann seine Forderung nur auf dem intabulirten oder pränotirten Erbrechte seines Schuldners supereinverleiben, oder superpränotiren lassen.

Daß die Einverleibung des Erbrechtes auch gegen den Willen des Erben nachgesucht und bewilliget werden könne, davon enthält jenes Hofdecret keine Sylbe, und obschon es in praxi so gedeutet und angewendet wird, so kann ich in dieser Uebung dennoch keine Ausnahme von der oben besprochenen Regel finden, weil der Erbe durch die landtäfliche oder grundbücherliche Einverleibung seines Testamentes, oder nur, um allgemeiner zu sprechen, seines Erbrechtstitels noch immer nicht das Eigenthum des betreffenden Gutes, sondern ebenfalls nur eine Sicherstellung seines Erbrechtes erwirbt, folglich, wenn auch diese Sicherstellung gegen seinen Willen erfolgt, noch immer nicht behauptet werden kann, er sey genöthiget worden, das betreffende Erbgut oder die Erbschaft in Besitz zu nehmen.

Wenn aber auch durch jenes Hofdecret vom Jahre 1782 den Gläubigern eines Erben ausnahmsweise wirklich gestattet worden wäre, dessen Erbrecht pränotiren, und ihre Forderungen darauf superpränotiren zu lassen; so ist dadurch für die Behauptung des Herrn Verfassers noch immer nichts gewonnen, weil der Besitznahme der Erbschaft (vorausgesetzt, daß der Herr Verfasser hierunter die grundbücherliche oder landtäfliche Einverleibung versteht), im Namen, jedoch gegen den Willen des Erben, das Hofdecret vom 26. Februar 1819 entgegensteht, welches außer der Uebergabe der dazu erforderlichen Urkunden, die sich ebenfalls erzwingen ließe, auch die Ertheilung einer ausdrücklichen Vollmacht von Seite des Schuldners, die sich unter keinerley Umständen erzwingen läßt, verlangt, damit ein Gläubiger die Gewähranschreibung seines Schuldners bey unbeweglichen Gütern mit Erfolg nach-

suchen könne; jene Vollmacht aber wird durch die Erbserklärung des Schuldners und den dadurch beurkundeten Willen, sich in den Besitz der Verlassenschaft, und rücksichtlich der darunter begriffenen Realität zu setzen, nicht suplirt, selbst wenn die Erbserklärung sammt Testament den öffentlichen Büchern einverleibt wäre; denn eine derley Willenserklärung könnte höchstens als eine stillschweigende Vollmacht gelten, und da das Hofdecret vom Jahre 1819 unbedingt, allgemein und ohne Ausnahme eine ausdrückliche Vollmacht fordert, so kann auch den Gläubigern eines Erben die Beybringung einer Vollmacht zum Behufe seiner Vergewährung um eine Verlassenschafts-Realität ausnahmsweise nicht erlassen werden, folglich kann der Erbe die Gewährnahme um die ihm eingeantwortete Realität unterlassen oder verweigern, und wird in diesem Falle dem Gläubiger mit seinem Pfandrechte nicht viel gedient seyn, was zu beweisen war.

Man kann wohl einwenden: Das Gesetz gestatte nach §. 461 des a. b. G. B. die Feilbiethung des Pfandes, wenn der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriediget wird. Da nun der Gläubiger, welcher von der ihm im §. 822 eingeräumten Begünstigung, seine Forderung auf dem Erbgute sicherstellen zu lassen, Gebrauch machte, hierdurch ein Pfandrecht auf dieses Erbgut erwarb, so sey ihm erlaubt, dasselbe gerichtlich feilbiethen zu lassen, ohne Unterschied, ob der Erbe inzwischen Eigenthümer desselben geworden sey oder nicht. — Ich bin aber der Meinung, daß dieser Unterschied von wichtigen Folgen sey, und daß, wenn der Erbe nicht Eigenthümer des gepfändeten Erbgutes wird, seine Gläubiger dasselbe auch nicht verkaufen lassen können. Für's Erste dürfte nämlich bezweifelt werden können, ob der §. 461 des allgem. bürgerl. G. B. auch auf die durch den §. 822 gestatteten Verpfändungen Anwendung leide, weil dieselben offenbar und anerkanntermaßen nur als eine Ausnahme von der allgemeinen als Regel aufgestellten Art ein Pfandrecht zu erwerben Statt finden können; und weil das Capitel vom

Pfandrechte in Beziehung auf unbewegliche Güter überhaupt voraussetzt, daß nur ein Eigenthum des Schuldners, oder Desjenigen, der statt ihm das Pfand bestellt, verpfändet werde; dann aber, weil das Pfandrecht auf unbewegliche Güter nach §. 451 nur durch die, auf die zur Erwerbung des Eigenthumes liegender Güter vorgeschriebene Art bewirkte Einverleibung der Forderung erworben wird; und da bey einer derartigen Erwerbung des Eigenthumes nach §. 432 vor Allem nothwendig ist, daß Derjenige, von dem das Eigenthum auf einen Andern übergehen soll, selbst schon als Eigenthümer einverleibt sey: so ist auch nothwendig, daß Derjenige, welcher ein Pfand bestellen, oder gegen welchen ein Pfandrecht zwangsweise erworben werden will, um die Realität, auf welcher das Pfand zu bestellen kömmt, den öffentlichen Büchern vorerst selbst einverleibt sey. Zudem möchte ich mir die Frage erlauben, ob es bey dem Bestehen des §. 432 möglich sey, falls ein Erbgut, auf welchen ein Gläubiger des Erben nach §. 822 ein Pfandrecht erwarb, zur Feilbiethung käme, daß der Käufer dieses Erbgutes an die Gewähr gebracht werde, ohne daß früher der Erbe selbst dabey vergewährt wurde, besonders, seitdem das schon früher citirte Hofdecret vom Jahre 1819 existirt? Zweytens darf der Schlußsatz des §. 461 nicht außer Acht gelassen werden, welcher anordnet: das Gericht habe dabey (wenn die Feilbiethung des Pfandes verlangt wird) nach Vorschrift der G. O. zu verfahren. Es muß daher, wie der verehrte Dr. Auffetz, in seiner Abhandlung über die Execution des Pfandrechtes[1]) bis zur Evidenz nachgewiesen hat, der Feilbiethung des verpfändeten Gutes nicht nur eine gerichtliche Liquidirung der Forderung, sondern auch dessen gerichtliche Pfändung und Schätzung vorausgehen. Daß aber die gerichtliche Pfändung einer Realität, welche dem

[1]) Im 10. Heft des Jahrganges 1833 dieser Zeitschrift; vergleiche dagegen Dr. Minasiewicz's Abhandlung im 12. Hefte d. J. 1835. Anmerkung d. Redaction.

Schuldner, gegen den die Execution geführt wird, in den öffentlichen Büchern nicht zugeschrieben wird, nicht angehe; darüber ist ja auch der verehrte Gegner mit mir einverstanden, und dafür bürgt der vom Landrathe Aussetz neuerdings angeführte Rechtsfall und dessen Begründung dieser Verneinung.

Es erübriget nur noch, in Beziehung auf die zweyte der von mir aufgestellten Fragen zu erweisen: wie die Execution des Erbrechtes durchzuführen sey? und dieß kann meines Erachtens in unserem Falle, da das Erbrecht, als den öffentlichen Büchern einverleibt, vorausgesetzt wird, keine Schwierigkeiten haben.

Der erste Executionsschritt wird in dem Begehren um Executions-Bewilligung unter Namhaftmachung des Erbrechtes, als desjenigen Gutes, auf welches die Execution geführt werden will, und unter Nachweisung jener Realitäten, auf welchen das Erbrecht bereits sichergestellt ist, bestehen. Der Richter wird diese Execution nach Weisung des §. 314 der a. G. O. bewilligen, und nach §. 315 und dem Hofdecrete vom 16. August 1791, Nr. 192, bewirken, daß diese Bewilligung sammt den Urkunden über die Forderungstitel des Gläubigers bey der Landtafel oder dem Grundbuche auf dem Erbrechte des Schuldners supereinverleibt werde. Bey der Execution des Kaufrechtes oder einer intabulirten Forderung des Executen kann auch auf keine andere Art vorgegangen werden, folglich läßt sich meines Ermessens gegen das Gesagte nichts Erhebliches einwenden.

Eine andere Frage ist es, wenn die Erbschaft des Schuldners außer den Realitäten, auf welchen sein Erbrecht haftet, auch aus beweglichen Gütern bestände. In diesem Falle müßte meines Erachtens auch zugleich die gerichtliche Pfändung und Beschreibung der Verlassenschaftsfahrnisse angesucht, bewilligt und vorgenommen werden, wollte anders der Gläubiger das Erbrecht seines Schuldners in seinem ganzen Umfange in die

Execution ziehen; denn durch die bloße Supereinverleibung seiner Forderung auf dem intabulirten Erbrechte des Schuldners erwürbe der Gläubiger ein gerichtliches Pfandrecht nur auf einen Theil der Verlassenschaft, d. i. nur auf einen Theil des Objectes des Erbrechtes. Allein dieser Fall liegt außer dem Bereiche der zur Erörterung aufgestellten Thesis, und wenn eine Execution des grundbücherlich sichergestellten Erbrechtes Statt findet, so muß auch ein Erbrecht, welches Fahrnisse oder bewegliche Güter zum Gegenstande hat, executionsfähig seyn, nur daß hierbey die Vorschriften der a. G. O. über die Execution der fahrenden Güter werden in Anwendung kommen müssen.

Was ist denn aber, kann man hier fragen, das Erbrecht anders, als ein fahrendes Gut? und wird es durch die Einverleibung auf einem unbeweglichen Gute zum Immobile? Allerdings werden Rechte den beweglichen Sachen beygezählt, und durch ihre Sicherstellung auf unbeweglichen Gütern nicht in unbewegliches Gut umgewandelt; allein Rechte, als unkörperliche Sachen, können nicht unmittelbar, sondern nur vermittelst der Objecte, auf welche sie sich beziehen, daher nur mittelbar in die Execution gezogen werden, weßwegen denn auch das Verfahren hierbey nach Verschiedenheit der Objecte ebenfalls verschieden seyn muß.

Daß nach vollzogener gerichtlicher Pfändung der gesetzliche zweyte Executionsschritt, die Schätzung anzusuchen und vorzunehmen sey, dürfte nicht wohl in Zweifel gezogen werden können. Das Erbrecht, welches executirt wird, ist nämlich nicht die Sache, auf welche sich jenes ausdehnt, und durch welche am Ende die Forderung des Gläubigers, rücksichtlich des an die Stelle des Gläubigers tretenden Käufers des Erbrechtes realisirt wird; das Erbgut mag demnach immerhin bereits geschätzt seyn, und einen allgemein bekannten Werth haben, so wird das Erbrecht doch nie einen dem Erbgute gleichkommenden Werth haben, weil die auf letzterem haftenden Schulden und Lasten, und die von der Verlassenschaft an den Staat,

an die Abhandlungs-Instanz, an verschiedene Fonde und öffentliche Anstalten zu entrichtenden Gebühren nicht alle auf die Werthsbestimmung des Erbgutes an sich Einfluß nehmen, wohl aber beziehungsweise den Werth der Verlassenschaft, somit des Erbrechtes verringern. Der Werth des Letzteren wird demnach durch Vergleichung der sämmtlichen auf der Verlassenschaft haftenden Lasten und der von derselben zu entrichtenden Gebühren mit dem dermahligen, d. h. mit dem zur Zeit der Executions-Führung erhobenen Werthe der Verlassenschaftsgüter auszumitteln, diese Ausmittlung wird die Aufgabe der Schätzungs-Commission seyn, und die Behelfe hierzu werden ihr die Sperrs-Relation, das Vermögens-Inventarium oder Bekenntniß, nebst dem Convocations-Protokolle, den verschiedenen Liquidirungs-Urtheilen, die Tax-, Stämpel- und Erbsteuer-patente, und die weiteren Gesetze über die von den Verlassenschaften zu leistenden Abgaben an den Staat oder an Private, endlich die allenfalls vorhandenen letzwilligen Anordnungen liefern.

Die Sperrs-Relation nämlich zeiget, welchen Theil der Verlassenschaft der Execut anzusprechen habe; das nämliche zeigt das Testament, insbesondere aber auch noch, welche Abzüge der Erbe sich gefallen lassen, welche Lasten er bestreiten müsse. Aus der Inventur oder dem Vermögensbekenntnisse werden die Bestandtheile der Verlassenschaft kennen gelernt, und das Convocations-Protokoll gibt außerdem, daß es die Angaben der Sperrs-Relation über die Zahl der Erben berichtiget, den Ausweis über die Verlassenschafts-Passiven; und insofern diese bey der Convocation nicht sämmtlich liquidirt wurden, ergänzen die Liquidirungs-Urtheile das Fehlende u. s. w. Eine Schätzung, bey welcher so viele Rücksichten zu nehmen sind, mag immerhin eine sehr schwierige, wird aber doch nie eine unmögliche Aufgabe seyn, und wenn die Schätzungs-Commission keine jener Rücksichten unbeachtet läßt, wird sie in allen Fällen ein eben so richtiges Resultat aufstellen, als

bey Schätzung anderer, umfangsreicher, besonders landtäflicher Güter geliefert wird.

Allerdings können bey dieser Behauptung alle jene Fragen aufgeworfen werden, durch welche Herr Landrath Staudinger die praktische Ausführbarkeit der Schätzung des Kaufrechtes in Zweifel stellt. Weit entfernt, mir einzubilden, dieselben genügend beantworten zu können, will ich es wenigstens versuchen, auf die Erheblicheren aus ihnen, welche auch auf die Schätzung des Erbrechtes Beziehung leiden, nach Vermögen zu erwiedern.

„Wer soll den Kunstverständigen jene factischen Umstände angeben, die zu ihrem Befunde als wesentliche Grundlage dienen?“

Man könnte mit gleichem Rechte fragen: wer soll den Kunstverständigen die Bestandtheile eines zu schätzenden Landgutes vorweisen? Sie lassen sich solche, wenn der Eigenthümer seine Mitwirkung verweigert, von andern Personen, denen sie bekannt sind, vorweisen, benützen, wenn solche vorhanden sind, die Rechnungen des Gutes, berechnen in deren Abgang Ertrag und Aufwand nach ihrem eigenen Urtheile, und schaffen die ihnen von böswilligen Eigenthümern allenfalls in den Weg gelegten Hindernisse unter gerichtlicher Assistenz bey Seite. Das Gericht selbst, welches die Vornahme der Schätzung bewilliget, hierzu seine Commissäre abordnet, wird auch Sorge tragen, daß dieselbe gehörig vorgenommen werde, und wie das Hofdecret vom 20. April 1817, Nr. 942, sich ausspricht, werden schon die Parteyen und ihre Vertreter für das wechselseitige Interesse wachen. Anbelangend nun die oben aufgezählten schriftlich hierzu erforderlichen Behelfe, so befinden sich dieselben entweder im Besitze jener Behörde, welche die Schätzung vornimmt, oder nicht. Im ersteren Falle wird sie solche unmittelbar der Schätzungs-Commission zum Gebrauche übergeben können, im letzten Falle wird sie solche entweder zu gleichem Zwecke von der Abhandlungs-Instanz erheben, oder den Executions-Führer zu be-

ren Beybringung anweisen. Ob hierzu die Originalien oder beglaubigte Abschriften beygebracht werden, ist wohl einerley, und da von allen Verlassenschafts-Abhandlungs-Acten die letzteren an Jedermann erfolgt werden, so kann deren Beybringung keinen Schwierigkeiten unterliegen.

„Läßt sich das Verfahren, welches im Wege des adeligen Richteramtes beobachtet wird, auch bey Schätzungen im Executions-Wege geltend machen?"

Allerdings; aus dem einfachen Grunde, weil die a. G. O. für die Schätzungen im Executions-Zuge kein eigenes, kein besonderes Verfahren vorschreibt, und weil das bereits citirte Hofdecret vom Jahre 1817, wenigstens bezüglich einer dadurch getroffenen Disposition zwischen inventarischen und executorischen Schätzungen keinen Unterschied macht.

„Kann das Gericht die Interessenten vernehmen, um die vom Schätzungswerthe des Erbgutes abzuziehenden Passiven und Verlassenschaftslasten zu erheben?"

Wenn anders diese Passiven und Lasten nicht aus den Abhandlungs-Acten und aus den Gesetzen bekannt seyn sollten, allerdings, wenn gleich nicht bey einer eigens zu diesem Zwecke anzuordnenden Tagsatzung, doch gewiß bey der zur Schätzungs-Vornahme angeordneten commissionellen Verhandlung; denn hierzu muß denn doch eine Tagsatzung angeordnet werden; Execut und Executions-Führer sind wenigstens berechtiget, dabey zu erscheinen, und ihr beyderseitiges Interesse wird die Wahrheit ohne Zweifel zu Tage fördern.

„Können, wenn Erbe und Executions-Führer über die factischen Angaben uneinig sind, im Executions-Wege Rechtsstreite zugelassen werden?"

Keineswegs, aber die Uneinigkeiten können nur über illiquide Verlassenschafts-Passiven entstehen und bevor diese nicht gerichtlich liquidirt sind, kann, dieß räume ich allerdings ein, eine genaue Schätzung des Erbrechtes gar nicht Statt finden. Allein theils ist es keine absolute Nothwendigkeit, daß bey jeder Erbschaft streitige Passiven vor-

kommen, theils kann aus dem Umstande, daß die executive Schätzung bis zur beendigten Liquidirung verschoben werden muß, weder ein Schluß auf die Unmöglichkeit der Schätzung an sich gezogen, noch über Justizverzögerung geklagt werden, weil für den dabey eintretenden Verzug Niemand verantwortlich ist. Müßte doch der Gläubiger, falls sein Schuldner kein anderes Vermögen besitzt, auch zuwarten, wenn Letzterem die Erbschaft gar nicht, oder wenigstens gegenwärtig noch nicht angefallen wäre!

„Kann, da die Gesetzgebung alle Schätzungsnormen aufhob, ein Gericht Kunstverständige, welche erklären: sie seyen außer Stande, ein Erbrecht zu schätzen, zwingen, daß sie die Schätzung nach Grundsätzen vornehmen, welche nicht gesetzlich sanctionirt sind?"

Nein, das Gericht kann einen Kunstverständigen nicht einmahl zwingen, sich zur Vornahme einer Schätzung verwenden zu lassen, die er versteht, und zu einer Schätzung, zu der seine Kenntnisse nicht ausreichen, kann es ihn nicht einmahl wählen; wäre aber seine Wahl dennoch auf ein Individuum gefallen, welches seine Unfähigkeit selbst bekennt, so ist wohl natürlich, daß ein anderes an seine Stelle gewählt werden müsse. Wenn übrigens die Gesetzgebung alle Schätzungsnormen aufhob, so gibt es auch keine Schätzungsgrundsätze, welche gesetzlich sanctionirt wären, und haben die Sachverständigen in jedem einzelnen Falle nach ihren eigenen Grundsätzen fürzugehen. Da es sich hier um die Schätzung eines Rechtes handelt, so versteht es sich wohl, daß der Schätzungs-Commission auch rechtserfahrene Sachverständige beygegeben werden müssen, und können diese bey der Schätzung des Erbrechtes der von mir aufgestellten Norm nicht beystimmen, so werden sie sich über eine eigene vereinigen, und ihren Anspruch darauf gründen; aber jedenfalls werden sie, fehlt es ihnen nicht an Kenntnissen und guten Willen, ein Schätzungsresultat zu Stande bringen, für dessen Richtigkeit, außer ihnen, Niemand zu haften hat, und dessen Berichtigung füglich den dabey interessirten

Parteyen überlassen werden kann, sind aber diese damit zufrieden, Niemand Anderem obliegt.

„Würde endlich durch eine nach anderen Grundsätzen vorgenommene Schätzung der beabsichtigte Zweck erreicht, und eine Erkenntniß über den wahren Werth des Erbrechtes hergestellt?"

Keineswegs, wenn die Grundsätze, nach denen geschätzt wurde, falsch sind. Ich sehe aber auch nicht recht ein, nach welchen anderen Grundsätzen vorgegangen werden sollte, da sich der Grundsatz: Das Erbrecht sey nur so viel werth, als dem Erben aus der Verlassenschaft nach Abzug aller Passiven, Legate, Lasten und Gebühren zukommen wird, wohl kaum bestreiten läßt; die Erhebung des Werthes dieses residuum aber ist, vorausgesetzt, daß der Werth der Verlassenschaft selbst richtig erhoben wurde, was möglich zu seyn, ebenfalls nicht bestritten werden kann, eine arithmetische Aufgabe, zu welcher die oben aufgezählten Behelfe und Gesetze die Daten liefern; und die Auflösung arithmetischer Aufgaben ist denn doch keine wandelbare Arbeit. Uebrigens weiß man wohl, daß auch Sachverständige in ihren Meinungen über den Werth einer Sache oft sehr getheilt sind, und daß ein und dasselbe Object, von verschiedenen Commissionen beurtheilt, auch verschiedene Werthsbestimmungen erhält. Bliebe in einem gegebenen Falle der Ausspruch der Sachverständigen unter der Wahrheit, so wird das Interesse der Kauflustigen, denen das Schätzungsoperat zur Einsicht und Beurtheilung vorliegt, bey der Feilbiethung desto eifriger biethen; hätten sich aber die Kunstverständigen verstiegen, so gibt der dritte Feilbiethungs-Termin Raum, sich herabstimmend der Wahrheit zu nähern. Daß nach zu Stande gebrachter Schätzung des Erbrechtes dessen Feilbiethung anzusuchen und einzuleiten, und auf welche Art dabey vorzugehen sey, braucht wohl nicht erst angeführt zu werden; nur dürfte die Frage aufgeworfen werden, was der Ersteher, d. i. Käufer des Erbrechtes zu thun

habe, um das erkaufte Recht auch geltend zu machen, und seinen Regreß für den bezahlten Kaufschilling zu erholen? Meines Erachtens ist der Käufer des Erbrechtes dem Käufer einer Erbschaft gleich zu stellen, da er die letztere mittelbar, d. i. durch den Kauf des Rechtstitels dazu, an sich gebracht hat. Gleichwie nun der Käufer einer Erbschaft nach §. 1278 des a. b. G. B. in die Rechte und Verbindlichkeiten (die persönlichen ausgenommen) des Erben eintritt, eben so erwirbt der Käufer des Erbrechtes das Recht, die Verlassenschaft an der Stelle des Erben abhandeln und sich einantworten zu lassen; daher muß er alle zu diesem Ende am Tage der gerichtlichen Zuschlagung des Erbrechtes noch erübrigende Schritte unter Nachweisung seines Erwerbstitels machen, insbesondere die Erbrechts-Einantwortung bey dem intabulirten Erbrechte auf den Verlassenschafts-Realitäten supereinverleiben lassen. Hiernach wird die Verlassenschaft nur ihm eingeantwortet werden können, wird daher auch seine Vergewährung um die Verlassenschafts-Realitäten, ungeachtet der Erbe in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer derselben nicht eingetragen ist, keinen Schwierigkeiten unterliegen.

Meines Erachtens gibt es aber auch noch eine zweyte Art, das Erbrecht zu executiren, und diese besteht in dessen Sequestration. Diese Executionsart wird zwar nicht bey allen Verlassenschaften anwendbar seyn, sie wird nicht immer die vollständige Befriedigung des Gläubigers des Erben, wenigstens nicht immer so schnell herbeyführen, als dieß durch die directe Execution des Erbrechtes geschehen könnte, allein dieß kommt hierbey nicht in Betrachtung, denn auch die unmittelbare Execution des Erbrechtes wird nicht in allen Fällen die vollständige Befriedigung des Gläubigers zur Folge haben, so oft nämlich das Erbrecht weniger werth ist, als der Gläubiger zu fordern hat; sondern hier ist nur zu untersuchen, ob eine Sequestration des Erbrechtes und rücksichtlich der Erbschaft Statt finden könne. Meine Gründe für die Bejahung sind folgende: Einen Erben, der bey Antretung der Erbschaft

sein Erbrecht hinreichend ausgewiesen hat, muß nach §. 810 des a. b. G. B. die Besorgung und Benützung der Verlassenschaft überlassen werden. Ein solcher Erbe hat demnach das Recht, die Früchte der Erbschaft zu beziehen. Nun gestattet der §. 320 des a. b. G. B. die Execution auch auf Früchte und Gefälle zu führen, und verordnet für den Fall, als die Früchte eines liegenden Gutes in die Execution gezogen werden wollen, daß der Spruch oder Vertrag bey den öffentlichen Büchern einverleibt, dann, daß zur Einhebung dieser Früchte oder Gefälle ein Sequester aufgestellt werde. Vorausgesetzt also, daß das Erbrecht des Executen schon früher bey der betreffenden Realität den öffentlichen Büchern einverleibt ist, hat er selbst bereits ein dingliches Recht auf die Früchte des Gutes erworben, weil das Recht zum Bezuge der Früchte ein Ausfluß des Erbrechtes ist, und werden sohin diese Früchte, ungeachtet des §. 822 des a. b. G. B., jedoch unbeschadet den Rechten früherer intabulirter Verlassenschaftsgläubiger, der Execution durch Sequestration unterzogen werden können. Der §. 822 ist dieser Ansicht nicht entgegen, denn derselbe spricht nur von Vormerkungen auf dem Erbgute, also von Verpfändung der Substanz der Erbschaft, indeß hier von deren Früchten die Rede ist, welche keinen Bestandtheil der Verlassenschaft ausmachen, auf welche daher die Verlassenschaftsgläubiger in der Regel keinen Anspruch haben, weßwegen denn auch die auf die Früchte der Verlassenschaft geführte Execution den bey deren Abhandlung vorkommenden Ansprüchen in der Regel nicht nachtheilig seyn kann. Sind mehrere Erben vorhanden, so kann sich die Sequestration auch nur auf den auszumittelnden Antheil des Executen erstrecken. Tritt der Fall ein, daß eine Verlassenschaft zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreicht, oder dadurch erschöpft wird, so ist weder eine Erbschaft noch ein Erbrecht, wenigstens kein wirksames Erbrecht vorhanden, kann daher von Execution oder Sequestration des einen und anderen zu Gunsten der Gläubiger eines Erben keine Rede seyn; wären aber

dennoch dießfällige Schritte geschehen, und wäre dadurch den Nachlaßgläubigern ein Nachtheil zugezogen worden, so könnte dieß einerseits nur ihrer Sorglosigkeit und dem Nichtgebrauche der ihnen im §. 812 des b. G. B. eingeräumten Mittel zur Sicherstellung ihrer Forderungen zugeschrieben werden, und dürfte es andererseits nicht an gesetzlichen Mitteln fehlen, die früheren, von dem Gläubiger des muthmaßlichen Erben gemachten Schritte unwirksam zu machen, wenigstens weitere nachtheilige Folgen von sich abzuwenden.

Die Sequestration des Erbrechtes, und rücksichtlich der Früchte der Erbschaft muß auch gegen Erben mit fideicommissarischen Nacherben, und gegen Erben in Familien-Fideicommisse, gegen welche allein eine directe Execution ihres Erbrechtes mit der Rechtsfolge der möglichen Erwerbung des Eigenthumes der Erbschaft nicht Statt finden kann, weil derley Erben selbst nur beschränkte Eigenthümer, Nutzungseigenthümer der Erbschaft werden, und weil ein Fideicommiß-Gut nach §. 632 kein Gegenstand einer Verpfändung[1]), wenigstens kein Gegenstand einer executiven Feilbiethung seyn kann, Platz greifen können, denn die Früchte einer derartig gebundenen Verlassenschaft gehören nach §. 631 dem Fideicommiß-Erben, und zwar so lange das Fideicommiß-Gut selbst dem Erben nicht eingeantwortet ist, aus dem Erb , nicht aber aus dem Eigenthumsrechte. Eben so genießt ein unbeschränkter Erbe die Früchte einer Erbschaft vor deren Einantwortung nur aus dem Erbrechte, daher man mir nicht einwenden kann, durch die Sequestration der Früchte einer Erbschaft, eines Erbgutes, werde nur dieses, nicht das Erbrecht executirt; denn ohne dem Erbrechte hätte der Execut kein Recht auf die Früchte des Erbgutes, und sind dieselben vom Erbgute bereits abgesondert, daher durch die Uebernahme ein Eigenthum des Erben geworden, so sind sie kein Gegenstand der Sequestration mehr.

[1]) Daß ich von der Substanz eines Fideicommiß-Gutes spreche, und daß mir bekannt sey, welche Beschränkungen und Ausnahmen dieser Satz erleide, glaube ich nicht erst erweisen zu dürfen.

II.

Ueber die Gültigkeit einer von dem Machthaber nach Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Machtgebers im Namen dieses Letztern eingegangenen Ehe.

(Ein Beytrag zur Erläuterung des §. 1024 d. a. b. G. B.)

Vom

Herrn Ludwig Hirschmann,

Doctor der Rechte in Prag.

Das a. b. G. B., welches in den §§. 59 und 75 die feyerliche Erklärung der Einwilligung als ein wesentliches Erforderniß einer gültigen Ehe aufführt, gestattet im §. 76 den Brautleuten, ihre Einwilligung mittelst eines Bevollmächtigten zu erklären, und verlangt nur, daß hierzu die Bewilligung der Landesstelle erwirkt, und in der Vollmacht die Person bestimmt werde, mit welcher die Ehe einzugehen ist. Da nun nach §. 1021 d. a. b. G. B. die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Machtgebers die Erlöschung der Vollmacht zur Folge hat, so daß alle Handlungen, die der Gewalthaber nach Kundmachung des Concurses im Namen des Concurs-Schuldners unternommen hat, ohne Rechtskraft sind; — so hat man die Behauptung ausgestellt, daß auch die vom Gewalthaber im Namen seines Machtgebers, des Concurs-Schuldners, nach Eröffnung des Concurses geschlossene Ehe ohne Rechtskraft, also ungültig sey.

Weil jedoch das ganze zweyte Hauptstück I. Thl. d. a. b. G. B., welches vom Eherechte handelt, nichts enthält, was diese Ansicht von der Ungültigkeit einer solchen Ehe rechtfertigen könnte, darf man jene Behauptung in gegründeten Zweifel ziehen, und die Frage aufwerfen, ob der §. 1024 auch wirklich auf die vom Machthaber für den Machtgeber geschlossene Ehe Anwendung leide? Die Beantwortung derselben kann nur das Resultat einer richtigen Auslegung des erwähnten Paragraphes seyn. Die Worte desselben lauten so deutlich, daß sie nicht erst einer grammatischen Auslegung bedürfen; da aber die darin ausgesprochene Anordnung, in ihrer Allgemeinheit angenommen, zu umfassend ist, als daß man nicht ein gegründetes Bedenken fassen müßte, ob denn die Worte der Absicht des Gesetzgebers gemäß seyen; — und da ferner nicht der todte Buchstabe das Gesetz ist, sondern der Wille des Gesetzgebers, der auf die Erreichung einer nähern oder entferntern Absicht sich richtet[1]); so wird die Erforschung dieser Absicht um so nothwendiger, als bey Auslegung zweifelhafter Gesetze — (der §. 1024 gehört nach dem Gesagten in deren Reihe), die Erforschung der Worte von jener der Absicht des Gesetzgebers ohnehin nicht zu trennen ist[2]).

Durch den Concurs, welchen das Gericht auf Anbringen der Gläubiger über das Vermögen eines Schuldners eröffnet, wird dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzogen, dasselbe zu Handen der Gläubiger mit vorläufigem gerichtlichen Beschlag belegt, und ihnen der Ordnung nach endlich ganz eingeantwortet. Es ist dieses eine Maßregel, welche das Gericht auf Anlangen der Gläubiger zu deren Sicherheit anordnet. Bestimmung des Concurses also ist es, die Gläubiger vor einer größern Gefahr des Verlustes ihrer Forderungen, die ihnen außerdem drohen könnte, zu bewahren. Damit diese richterliche Verfügung jedoch ihrer Bestimmung vollständig

---

1) v. Zeiller's Comment. üb. d. a. b. G. B. §. 6.

2) §. 6 d. a. b. G. B.

entspreche, darf sie sich nicht auf die alleinige Wirkung beschränken, welche dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzieht; sondern sie muß alle jene Wirkungen in ihr Gefolge aufnehmen, welche den durch sie bezweckten Erfolg sichern. Dahin gehört vorzüglich, daß die zur Zeit der Eröffnung des Concurses schon bestandenen Rechte der Gläubiger in Bezug auf die ihnen gesicherte Concurs-Masse durch neu entstehende Rechte Anderer nicht beeinträchtiget werden. Dieses wird nur dadurch möglich, wenn das Gesetz allen nach Ausbruch des Concurses unternommenen Rechtsgeschäften, welche solche Rechte begründen würden, die Gültigkeit entzieht, und ihnen die Rechtskraft benimmt.

Durch des Concurs-Schuldners eigene Handlungen können die Gläubiger in ihren Rechten an die Concurs-Masse nicht verkürzt werden, da dem Schuldner die rechtliche Möglichkeit benommen ist, über dieselbe zu verfügen: alle dahin abzielenden Handlungen wären an sich nichtig, und es bedarf daher keiner besondern gesetzlichen Vorkehrung, um die Gläubiger gegen die Handlungen des Concurs-Schuldners zu schützen. Zweifelhaft aber mußte es seyn, wenn der Machthaber des Concurs-Schuldners in Gemäßheit der vor Eröffnung des Concurses erhaltenen Vollmacht nach diesem Zeitpunkte ein Geschäft schließt, ob dasselbe nicht so zu betrachten wäre, als ob es vor der Eröffnung des Concurses geschlossen, und auf den Zeitpunkt der gegebenen Vollmacht zurückzubeziehen sey. Dieser Zweifel, welcher keineswegs durch die bloßen Wirkungen der Concurs-Eröffnung beseitigt werden konnte, jedenfalls aber die Möglichkeit enthielt, die Concurs-Gläubiger in ihren an die Concurs-Masse gestellten Rechten zu verletzen, mußte durch ein positives Gesetz entschieden werden, welches, wenn anders der Zweck des Concurses nicht verfehlt werden sollte, den Schutz der Concurs-Gläubiger beabsichtigen, daher die dem Machthaber gegebene Vollmacht als durch die Eröffnung des Concurses entkräftet, und die auf deren Grundlage vorgenommene Handlung als nichtig erklären mußte. Diese Be-

trachtung führt nun auf den Zweck der im §. 1024 enthaltenen gesetzlichen Verordnung, und auf die Absicht des Gesetzgebers, welche keine andere ist, als die Rechte der Concurs-Gläubiger gegen alle erst nach Ausbruch des Concurses entstandenen, auf die Concurs-Masse gerichteten Ansprüche zu schützen.

Da der Concurs über das sämmtliche (wenigstens in derselben Provinz gelegene) Vermögen eröffnet wird[1]), dieses den Inbegriff aller dem Concurs-Schuldner gehörigen (körperlichen und unkörperlichen) Sachen bildet[2]); so können es nur (persönliche oder dingliche) Sachenrechte seyn, welche gegen dasselbe zum Nachtheile der Concurs-Gläubiger geltend gemacht werden könnten. Sonach braucht der den Concurs-Gläubigern gewährte Schutz nicht weiter ausgedehnt zu werden, als nöthig ist, um das Entstehen neuer Sachenrechte unmöglich zu machen; denn Personenrechte, wenn gleich auf Leistungen gerichtet, begründen dennoch keinen Anspruch auf der Gattung nach bestimmte Sachen, daher auch die erst nach dem Ausbruche des Concurses entstandenen, keinen Anspruch gegen die Concurs-Masse. Wie nun aber dieser Schutz einerseits nicht weiter ausgedehnt zu werden braucht, darf er es andererseits auch nicht, indem diese Begünstigung der Concurs-Gläubiger zugleich eine Beschränkung der Rechte, wenigstens rechtlichen Fähigkeit zu Rechtsgeschäften für den Concurs-Schuldner sowohl, als auch für Jene, die mit ihm Geschäfte schließen wollen, enthält, eine solche Beschränkung aber nur in dem obersten Rechtsgrundsatze selbst seine Rechtfertigung, zugleich aber auch darin seine Gränzen finden kann und muß. Demnach darf diese Beschränkung der Einen nicht weiter gehen, als es der Anspruch der Andern auf den Schutz der Gesetze nothwendig macht. Sind es also nur neu entstandene Sachenrechte,

---

[1]) A. G. O. §. 1 und a. Instr. f. d. J. erste Abtheil. §. 85 (Formular d. Convoc. Edicts.).

[2]) A. b. G. B. §. 358.

welche auf die Concurs-Masse gerichtet seyn könnten; so brauchte und durfte der Gesetzgeber im §. 1024 nicht allen von dem Machthaber für den Cridatar als Machtgeber unternommenen Handlungen die Rechtskraft entziehen. Weil nun aber von dem Gesetzgeber mit absoluter Nothwendigkeit angenommen werden muß, daß er durch alle seine Verordnungen dem höchsten Grundsatze des Rechtes und der Gerechtigkeit entsprechen wolle; so ist auch mit Gewißheit zu behaupten, daß seine Absicht bey dem §. 1024 keineswegs so umfassend, als der Wortlaut dieses Gesetzes sey, sondern daß er die Rechtskraft nur jenen Handlungen des Machthabers entziehen wolle, welche, indem sie nach dem Ausbruche des Concurses unternommen, neue auf die Concurs-Masse gerichteten Sachenrechte begründen, die durch Eröffnung des Concurses den alten Gläubigern des Cridatars an seinem Vermögen gewährten Rechte gefährlich würden. Ergibt sich nun aus der richtigen Auslegung des §. 1024 für denselben der eben ausgesprochene, einschränkende Sinn; so folgt auch daraus, daß die von dem Machthaber nach Eröffnung des Concurses im Namen des Concurs-Schuldners durch feyerliche Erklärung der Einwilligung geschlossene Ehe keineswegs unter die durch §. 1024 entkräfteten Rechtsgeschäfte gehöre, sondern daß sie gültig sey.

Einleuchten wird diese Behauptung, wenn dargethan ist, daß durch die von dem Concurs-Schuldner in dem Zeitpunkte, wo bereits über sein Vermögen der Concurs eröffnet war, geschlossene eheliche Verbindung die Concurs-Gläubiger in ihren Rechten nicht weiter gefährdet werden.

Durch den Ehevertrag wird das Familienverhältniß gegründet[1]), welches zu den wichtigeren Quellen der Personenrechte gehört[2]). Das Gesetz hat sonach klar ausgesprochen, daß die eheliche Verbindung Personenrechte gründe; es hat sich aber auch erklärt, daß die Ehe nur Personenrechte zu

---

[1]) A. b. G. B. §. 44.

[2]) A. b. G. B. §§. 15 und 40 und ff.

ihrer Folge habe. Es leitet nämlich der §. 89 d. a. b. G. B. die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten aus dem Zwecke ihrer Vereinigung, aus dem Gesetze und den geschlossenen Verabredungen, und erklärt in dem zweyten Hauptstücke des ersten Theiles nur von den Personenrechten, von den aus den Ehepacten aber entspringenden Sachenrechten in dem zweyten Theile zu handeln. In diesem Paragraphe erklärt der Gesetzgeber die Ehepacten als die Quelle der mit Hinsicht auf die Ehe möglichen Sachenrechte, und indem er sie in den zweyten Theil, wo überhaupt vom Sachenrechte gehandelt wird, verweiset, bestätiget er die vorangegangene Bestimmung, daß die in dem Zwecke der Vereinigung und in dem Gesetze, nämlich in den §§. 89 — 92 des a. b. G. B. gegründeten (natürlichen und positiven) Rechte, Personenrechte seyen, und daß sie nur als solche in den ersten Theil aufgenommen werden konnten. Der bloße Ehevertrag vermag also nur Personenrechte zu bewirken, welche sich auf die persönlichen Eigenschaften und Handlungen der Ehegatten beziehen, während die Sachenrechte, richtiger „auf Sachen angewandte Personenrechte" genannt [1]), das äußere Vermögen zum Gegenstande haben.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, das der Gattinn zustehende, der Verbindlichkeit des Mannes entsprechende Recht auf den anständigen Unterhalt [2]) sey ein Sachenrecht, und da dasselbe unmittelbar aus dem Ehevertrage fließe, zähle er unter seine Wirkungen allerdings auch Sachenrechte, daher es unrichtig sey, daß der Ehevertrag nur für Personenrechte eine Quelle werde. Die Eintheilung der Rechte in Personen- und Sachenrechte, wiefern man sie einander entgegen zu stellen pflegt, entbehrt eines logischen, gemeinschaftlichen Theilungsgrundes; beyde Arten von Recht stehen vielmehr isolirt neben einander. Immer aber liegt es im Begriffe des Rechtes, daß

---

[1]) v. Zeiller's Comment. 1. Bd. §. 89 Note 2 S. 245.

[2]) A. b. G. B. §. 91.

es gegen Andere, die neben uns existiren, und an deren Seite es Rechtspflichten erzeugt, gerichtet und wirksam ist. Doch kann ein Personenrecht nur mit Hinsicht auf eine bestimmte persönliche Eigenschaft, auf persönliche Verhältnisse und Zustände von Seite des Berechtigten gedacht werden, während das Wesen eines Sachenrechtes darin liegt, daß es vorzugsweise auf eine wenigstens nach der Gattung bestimmte Sache gerichtet ist, und zwar entweder mit oder ohne Hinsicht auf eine bestimmte Person. Dort ist es ein persönliches, hier ein dingliches Sachenrecht. Betrachtet man nun das Recht der Gattinn auf den anständigen Unterhalt, so finden sich allerdings die Merkmahle eines Personenrechtes: es steht der Gattinn vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft als Gattinn, und zwar nur als solcher zu; denn nicht, weil von Seite des Mannes eine Verpflichtung Statt gefunden, sondern weil sie Gattinn ist, hat sie dieses Recht, so wie es die Kinder gegen ihre Aeltern aus dem einzigen Grunde, weil sie deren Kinder sind, haben [1]). Andererseits aber fehlet dem genannten Rechte der Gattinn das zur Charakterisirung eines Sachenrechtes wesentlich nothwendige Merkmahl, die Richtung auf eine wenigstens der Gattung nach bestimmte Sache. Allerdings ist es eine Leistung, auf welche jenes Recht gerichtet ist; allein diese Leistung, obwohl im weitesten Sinne ebenfalls eine Sache, ist doch eine Sache von so unbestimmter Art, daß man jenes keineswegs ein persönliches Sachenrecht nennen könnte, und um so weniger ein dingliches Sachenrecht. Es kann auch die Gattinn nie und unter keinerley Umständen aus dem genannten Rechte Ansprüche auf irgend einen individuell bestimmten Theil des Vermögens ihres Gatten stellen; sie kann wohl den anständigen Unterhalt im Allgemeinen, nie aber diese oder jene besondern Theile des Vermögens ihres Mannes zu ihrem Unterhalte begehren, wenn auch die Execution des durch Urtheil zuerkannten Rechtes auf bestimmte Theile des Vermö-

---

[1]) A. b. G. B. §. 139.

gens[1]) geführt werden darf; denn ihr Recht ist nur gegen den Gatten, nicht aber (unmittelbar) gegen dessen Vermögen gerichtet, es ist gegen den reichen, wie gegen den vermögenslosen Gatten wirksam. Es fehlen diesem Rechte somit alle Merkmahle, welche es als Sachenrecht charakterisiren würden[2]). Aber schon das Gesetz selbst stellt es außer allen Zweifel, daß das genannte Recht kein Sachenrecht sey; denn die Ausdrücke des §. 89 „hier werden nur die Personenrechte bestimmt,“ — können nicht entschiedener lauten, und erklären alle in den nächsten Paragraphen und im ganzen zweyten Hauptstücke aufgezählten Rechte, wohin auch das im §. 91 indirect ausgesprochene Recht der Gattinn auf den anständigen Unterhalt gehört, für Personenrechte, welche positive Erklärung das Bemühen, einen gegentheiligen Sinn darin zu finden, fruchtlos macht. Soll das Recht der Gattinn auf den anständigen Unterhalt zum Sachenrechte, und als solches gegen die Concurs-Masse wirksam werden; muß sich die Gattinn diesen Unterhalt durch die Ehepacten gesichert haben[3]). Da ferner das Gesetz selbst dem Schuldner das Recht gegen die Concurs-Masse, Alimente oder den Unterhalt zu fordern, benimmt[4]), so schließt es auch ein solches Recht von Seite der Gattinn aus. Sonach ist ausdrücklich erklärt, daß das Recht der Gattinn auf den anständigen Unterhalt die Rechte der Gläubiger an der Concurs-Masse nicht schmälert, weil es kein auf letztere gerichtetes Sachenrecht ist. Alle durch den Ehevertrag gegründeten Rechte sind Personenrechte, die von Seite beyder Gatten Verpflichtungen zu persönlichen Leistungen allein begründen. Es sind dieses Rechte, welche ungeachtet des über einen der Gatten verhängten Concurses aufrecht

---

1) Und bisweilen selbst mit besonderer Begünstigung der Gesetze, wie das Hofdecret vom 19. April, Z. 467, und Hofdecret vom 14. September 1805, Z. 748.

2) Nippel's Erläuterungen d. a. b. G. B. I. Thl. §. 15.

3) Hofdecret vom 7. December 1789, Nr. 1082.

4) Hofdecret vom 16. August 1782, Nr. 70.

bleiben, und gegen den Cridatar fortwährend wirksam sind, ohne die Gläubiger in ihren Ansprüchen an die Concurs-Masse zu gefährden. Demnach gehört der Ehevertrag keineswegs unter jene Rechtsgeschäfte, welche, wenn sie nach Ausbruch des Concurses auf Grundlage einer von dem Cridatar vor dessen Ausbruche ausgestellten Vollmacht geschlossen worden, nach §. 1024 ungültig sey.

Anders verhält es sich mit den Ehepacten, welche aber ein vom Ehevertrage in dem Ursprunge und den rechtlichen Folgen getrenntes Geschäft bilden. Hierzu gehört ein besonderer Vertrag, und die dadurch gegründeten Rechte sind Sachenrechte [1]), welche jedenfalls Ansprüche auf die Concurs-Masse erzeugen [2]). Hätte der Machthaber nach Eröffnung des Concurs im Namen des Machtgebers, für welchen er die Einwilligung zur Ehe erklärte, daneben auch noch Ehepacten geschlossen; so wären sie allerdings nach §. 1024 ohne Rechtskraft, weil in Rücksicht ihrer die Vollmacht erloschen war. Da sie jedoch nur Nebenverträge sind, welche den Ehevertrag nicht nothwendig begleiten; so folgt daraus auch, daß ihre Ungültigkeit keineswegs die Ungültigkeit der Ehe nach sich zieht, obwohl umgekehrt ein ungültiger Ehevertrag als Hauptvertrag die Ungültigkeit der Ehepacten nach sich ziehen würde, und die Rechtsregel: Utile per inutile non debet vitiari, quoties utile ab inutile potest separari — findet im ersten Falle ihre vollständige Anwendung.

Aus der Natur des Concurses folgt also nicht die Nothwendigkeit, welche den Gesetzgeber bestimmen könnte, um den Concurs-Gläubigern die Concurs-Masse unverringert zu erhalten, den Concurs-Schuldner in seiner persönlichen Freyheit bezüglich seiner Verehelichung zu beschränken. Denn wie schon gezeigt wurde, hat die Eröffnung des Concurses die vorzüg-

---

1) A. b. G. B. §. 1217.

2) A. G. O. §§. 19 und 23, dann Hofdecret v. 1. July 1782, Nr. 61, und Hofdecret v. 7. December 1789, Nr. 1082.

liche Wirkung, daß dem Schuldner die freye Verfügung über sein Vermögen entzogen wird; seine persönliche Freyheit zu Rechtsgeschäften bleibt dadurch unbeschränkt, wiefern ihre Aeußerungen sich nicht auf die Concurs-Masse beziehen. Noch alle Gesetzgebungen, die neuern der Gegenwart, wie die ältesten der Egypter, Hebräer, Griechen, Römer und alten Deutschen haben die bürgerliche Freyheit des Concurs-Schuldners geachtet, obgleich Sclaverey in der Regel über ihn verhängt wurde. Denn so wenig Sicheres man auch darüber weiß, weiß man doch so viel mit Gewißheit, daß diese Sclaverey nur ein Dienstverhältniß war, in welchem der Schuldner seinem Gläubiger die Schuld mit seiner Körperkraft bezahlte. Schon Solon wies die Gläubiger bloß an das Vermögen, und bey den Römern hob später die lex Petillia Papiria sogar den Arrest des Schuldners auf, und noch später erfand man für die Schuldner eine Menge Rechtswohlthaten, wie das beneficium ejurationis, cessio bonorum, Moratorien und das beneficium competentiae[1]). Hat man nun schon in diesen ältern Zeiten die Persönlichkeit des Schuldners in so hohem Grade geachtet, durfte man von den humanen Gesetzgebungen unserer Zeit erwarten, daß sie jenen, wiefern die Sicherheit der Gläubiger und die Sorge für die Erhaltung des Credites im Allgemeinen dieses überhaupt gestatten dürfte, in Anerkennung dieser Rechte nicht nachstehn würden.

Nach unserer allgem. Concurs-Ordnung vom Jahre 1781 wird der Concurs über das Vermögen, und nicht über die Person des Schuldners eröffnet; der Schuldner erfährt in seiner persönlichen Freyheit nicht die geringste Beschränkung; er bleibt eigenberechtigt, wie er es zuvor war, und ihm wird kein Curator bestellt. Sind auch der Massevertreter und Vermögensverwalter Curatoren; so sind sie es doch nicht in Rücksicht seiner Person, — ihre Wirksamkeit bezieht sich auf das Vermögen, und nur bezüglich dieses Vermögens erscheint der Cridatar

[1]) Dabelow in s. Lehre vom Concurse.

als ein Curand [1]). Weil das Gesetz insbesondere nirgends verordnet, daß für ihn ein Curator aufzustellen sey, kann man ihn auch nicht für einen Curanden ansehen, weil für das, was den natürlichen, angebornen Rechten angemessen ist, die gesetzliche Vermuthung streitet [2]), daher diese Vermuthung auch für des Schuldners angeborne Freyheit und dessen davon abhängige Fähigkeit zu allen Rechtsgeschäften streiten muß, was der §. 356 des a. b. G. B. insbesondere bestätiget. Ferner betrachten die Gesetze die Person des Schuldners gänzlich unabhängig von dem Concurse, indem sie erklären: daß, wie er selbst mit Klagen auftreten kann, gegen ihn während des Concurses Klagen angenommen werden können [3]), und überhaupt den Gläubigern, die ihre Rechte nur an seiner Person, nicht an seinem Vermögen suchen wollen, diese Rechte sowohl während des Concurses, als nach seiner Endigung allerdings offen seyn [4]). Es zweifelt daher auch Niemand, daß ein

---

[1]) Nach französischen Rechte jedoch auch hinsichtlich seiner Person. Denn das Napoleon. b. G. B. verordnet (Art. 509) ausdrücklich, daß der Interdicirte (was der Fallit schon Kraft des Gesetzes vom Tage des Fallimentes an ist; Napoleon. Handels = G. B. III. Bd. 1. Thl. 1. Cap. 6), in Hinsicht auf seine Person und sein Vermögen einem Minderjährigen gleich geachtet werden solle, daher auch allen Beschränkungen der persönlichen Freyheit und Fähigkeit zu Rechtsgeschäften gleich jenen unterliege. Ueberhaupt gebührt der österr. Gesetzgebung gegenüber der französischen, und im noch höhern Grade im Vergleiche mit der preußischen (Vergl. preußischen Landrecht II. Thl. 20. Titel sämmtliche Vorschriften „über den Bankerott") — das Lob, daß ihre auf den Concurs = Schuldner sich beziehenden Anordnungen den Charakter einer vorzüglichen Humanität athmen.

[2]) A. b. G. B. §. 17.

[3]) Hofdecret vom 12. November 1787, Z. 745.

[4]) Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit, Jahrgang 1826, I. Bd. S. 60 u. ff. — Pratobevera's Materialien ꝛc. 8. Bd. S. 455. — Nippel in seinen Erläut. des a. b. G. B., 7. Bd., erste Abtheil. §. 1024.

Concurs-Schuldner nach Eröffnung des Concurses über sein Vermögen sich gültig verehelichen könne, — es zweifelt auch Niemand, daß er Jemanden zur Besorgung seiner Geschäfte, welche das Concurs-Vermögen nicht zum Gegenstande haben, gültig bevollmächtigen könne, und daß er nach der Eröffnung des Concurses daher auch einen Machthaber ernennen könne, welcher an seiner Statt die feyerliche Erklärung der Einwilligung zur Ehe abgeben soll. Denn eines oder das andere dieser Rechte ihm absprechen, hieße nichts anders, als eine Beschränkung seiner persönlichen Freyheit behaupten, welche unsere Gesetze nicht rechtfertigen.

Es spricht nicht gegen diese Behauptung, daß, wenn der Cridatar wegen des im St. G. B. I. Thl. §. 178 lit. f genannten Verbrechens in Untersuchung gezogen, und in deren Folge vielleicht zu schwerer Kerkerstrafe [1]) verurtheilt würde, er vom Tage des ihm angekündigten Urtheils und während der Strafzeit weder unter Lebenden ein verbindliches Geschäft, daher auch keine Ehe schließen, noch einen letzten Willen errichten könne [2]). Denn diese Beschränkung seiner persönlichen Freyheit ist eine Strafe, welche seine verbrecherische Handlungsweise, sein betriegerisches Benehmen nach sich zieht, keineswegs aber eine Wirkung des über ihn verhängten Concurses, welcher auch über Jemandens Vermögen eröffnet werden kann, der an dessen Verfalle und an dem Verluste, welchen seine Gläubiger erleiden, kein Verschulden hat.

Da nun ein Concurs-Schuldner, abgesehen von seiner vielleicht verbrecherischen Handlungsweise in der persönlichen Fähigkeit zu Rechtsgeschäften, wiefern sie sich nicht auf die Concurs-Masse beziehen, durchaus nicht, und selbst dann auch nicht, wenn über ihn eine Personal-Execution verhängt wurde, beschränkt ist; so wäre nun in der That nicht einzusehen, wa-

---

[1]) St. G. B. I. Thl. §. 182.

[2]) St. G. B. I. Thl. §. 23 c. a. b. G. B. §. 61.

rum der §. 1024 des a. b. G. B. den durch seinen Machthaber unternommenen Handlungen dadurch die Rechtskraft entziehen sollte, daß er die dahin zielende Vollmacht durch den Ausbruch des Concurses für erloschen erklärt. Es wäre dieses eine Anordnung, welche mit dem obersten Rechtsgrundsatze nicht im Einklang wäre, und ganz wirkungslos bliebe, indem nun den Concurs-Schuldner nichts hinderte, die erloschene Vollmacht zu erneuern, oder die Ehe, statt durch den Machthaber, in eigener Person zu schließen. Da nun der Gesetzgeber nicht besser dafür gesorgt hat, daß jene Ehe nicht geschlossen würde; so läßt sich auch nicht annehmen, daß seine Absicht wirklich dahin gerichtet gewesen sey, eine nach Eröffnung des Concurses durch den Machthaber für den Machtgeber geschlossene Ehe zu entkräften.

Man könnte dagegen einwenden: Da der §. 1024 des a. b. G. B. die Vollmacht überhaupt für erloschen, und alle auf ihrer Grundlage verrichteten Handlungen als ungültig erkläre, müsse man allerdings auch die für den Concurs-Schuldner geschlossene Ehe dahin ziehen; weil es dem Gesetzgeber darum zu thun gewesen sey, daß so, wie Jedermann, dem die Eröffnung des Concurses nicht kund geworden, durch Erlöschen der Vollmacht gegen Schaden gesichert seyn solle, auch der andere Ehetheil aus Unbekanntschaft mit dem Umstande der Concurs-Eröffnung durch die eingegangene Ehe nicht zu Schaden komme. Denn immer werde beym Abschlusse eines Ehevertrages das Vermögen der Ehewerber berücksichtigt, und häufig sey dieses sogar der einzige Beweggrund zu ihrer Vereinigung. Durch die mittelst eines Bevollmächtigten nach der Concurs-Eröffnung geschlossenen Ehe nun werde der eine Gatte bitter getäuscht; statt des gehofften vermöglichen Ehetheils, auf welchen nur seine Einwilligung gerichtet gewesen sey, erhalte er einen armen, vermögenslosen, an welchen er für sein ganzes Leben, vielleicht für eine Zukunft voll Kummer und Elend gebunden bleibe; sonach sey in der Person des künftigen Gatten ein Irrthum vorgegangen, und daher die

Ehe allerdings ungültig, weßhalb denn auch im §. 1024 die durch den Machthaber erklärte Einwilligung zur Ehe wirkungslos erklärt wird, um die Schließung einer an sich nichtigen Ehe zu verhindern.

Allein es ist schon zu viel behauptet, daß der §. 1024 eine so umfassende Sicherheitsmaßregel enthalte, da nirgends für die gesetzgebende Gewalt die Nothwendigkeit vorliegt, einen solchen allgemeinen Schutz zu beabsichtigen, wobey sie den Umfang ihrer Pflichten und Sorgen erweitern müßte. Nur Jenen, die ihre Rechte selbst zu wahren außer Stande sind, läßt sie auf geeignete Weise ihren besondern positiven Schutz angedeihen; außerdem aber bleibt es jedem Einzelnen überlassen, sein Bestes bey vorfallenden Geschäften nach Möglichkeit selbst zu wahren, dabey die nöthige Klugheit und Sorgfalt anzuwenden, und sich das „discas cautius mercari" vor Augen zu halten. Der weitern Einwendung aber, daß Derjenige, welcher bey seiner Unkenntniß des eröffneten Concurses die Ehe mit dem Cridatar geschlossen hat, im Irrthume befangen gewesen, daher die geschlossene Ehe ungültig sey, stehen die §§. 57 und 59 des a. b. G. B. entgegen. Es kann nämlich nicht behauptet werden, daß ein Irrthum in der Person des künftigen Gatten vorgegangen sey, da dasselbe Individuum dem getäuschten Theile per procurationem angetraut wurde, auf welches seine Einwilligung gerichtet war; der Irrthum hat sich nur in einer Eigenschaft desselben ereignet, ein solcher Irrthum aber macht die Ehe nicht ungültig, denn der §. 59 des a. b. G. B. sagt ausdrücklich: „alle übrigen Irrthümer der Ehegatten, so wie auch ihre getäuschten Erwartungen der vorausgesetzten, oder auch verabredeten Bedingungen stehen der Gültigkeit des Ehevertrages nicht im Wege." — Es mag also immerhin sogar im Voraus zur ausdrücklichen Bedingung gemacht worden seyn, daß der (nun in Concurs verfallene) Ehetheil reich oder wohlhabend sey: wenn er es auch nicht ist, bleibt die Ehe dennoch gültig. Nicht zu läugnen ist es, daß eine solche Ehe leicht nur Elend, Noth,

ja sogar Feindschaft und Haß zur Folge haben könne; allein diese Rücksichten konnten überhaupt den Gesetzgeber nicht bestimmen, die Gültigkeit der Ehe dadurch von dem Belieben der beyden Gatten abhängig zu machen, daß er dem Vorwande unterlaufener Irrthümer Raum gäbe; denn nun wäre zu erwarten gewesen, daß man sehr viele Ehen auf die leichtsinnigste Art würde geschlossen, aber auch bald für ungültig erklärt haben. Nur zwey Fälle des Irrthumes sind so wichtig, daß das Gesetz anerkennt, ihr Vorhandenseyn behebe die Einwilligung. Dieses ist nach §. 57 des a. b. G. B. der Fall, wenn der eine Ehetheil eine der Individualität nach andere Person zum Gatten erhält, als auf welche seine Einwilligung gerichtet war, und nach §. 58 des a. b. G. B., wenn der Ehemann seine Gattinn nach der Ehelichung bereits von einem Andern geschwängert findet, daher ihr die von ihm vorausgesetzte wesentliche Eigenschaft, von ihm gleich empfangen zu können, mangelt. Diese Eigenschaft heißt mit Recht eine wesentliche, denn sie ist eine aus dem Begriffe und Wesen der Ehe nothwendig hervorgehende Bedingung. Das ist aber bey der auf Vermögen und Glücksgüter gerichteten Voraussetzung nicht der Fall, indem Mittellosigkeit und Armuth keineswegs ein Hinderniß für die Erreichung des Zweckes der Ehe ist.

Zudem kann die Absicht, den einen Ehetheil durch die Verbindung mit einem verarmten vor künftigem Ungemach zu bewahren, für den Gesetzgeber keineswegs ein Beweggrund gewesen seyn, eine auf die Schließung der Ehe abzielende Vollmacht durch die Eröffnung des Concurses entkräften zu lassen, weil er sonst auch andere Vorkehrungen hätte treffen müssen, um die auf solche Täuschungen eingegangene Ehe zu verhindern, da ja nicht bloß dann, wenn ein Machthaber eine Ehe für seinen Machtgeber schließt, sondern auch dann, wenn die Ehewerber in Person ihre Einwilligung zur Ehe erklären, es geschehen kann, daß einem Theile die Vermögenslosigkeit und Verarmung des anderen Theiles unbekannt bleibe.

Die Möglichkeit, ja die Wahrscheinlichkeit, bezüglich des Vermögens hintergangen werden zu können, ist von Seite des Machtgebers so groß, wie von Seite des Dritten, mit welchem der Machthaber für den Ersten die Ehe schließen soll; und fühlte sich der Gesetzgeber nicht bewogen, diese Gefahr von Seite des Machtgebers hintanzuhalten, so kann man unmöglich annehmen, daß die für den Dritten möglicherweise eintretende Gefahr zu strengern Vorsichtsmaßregeln sollte aufgefordert haben.

Wäre übrigens der unterwaltende Irrthum und die für den Dritten möglicherweise eintretende Gefahr die Ursache, welche dieser Ehe nach §. 1024 des a. b. G. B. die Rechtskraft entziehen sollte, so müßte ja dann die Ehe gültig seyn, wenn kein Irrthum vorgefallen wäre, indem der Machthaber dem andern Theile zuvor die nöthige Kenntniß von der Concurs-Eröffnung mitgetheilt, und dieser dennoch die Ehe geschlossen hätte. Allein, der sich auf das Vermögen und den Wohlstand des Gatten beziehende Irrthum ist kein solcher, der die Ungültigkeit der Ehe zur Folge hätte, sondern ist nach §. 59 des a. b. G. B. zu beurtheilen, dessen Sinn unzweifelhaft ist.

Die Gegner der hier vertheidigten Meinung helfen sich weiter mit der Behauptung, daß der §. 59 des a. b. G. B. eine allgemeine Regel sey, nach welcher im Allgemeinen die Irrthümer der Gatten, ihre getäuschten Erwartungen der vorausgesetzten oder verabredeten Bedingungen der Gültigkeit der Ehe nicht im Wege stehen; eine Ausnahme erleide diese Regel aber durch den §. 1024 des a. b. G. B., nach welchem ein die Ungültigkeit der Ehe begründender Irrthum unterlaufe, wenn einem Theile die Einwilligung zur Ehe von dem Bevollmächtigten des andern Ehetheiles erklärt würde, nachdem über ihn der Concurs eröffnet wurde. Auf diese Behauptung läßt sich erwidern, daß die §§. 59 und 1024 des a. b. G. B. keineswegs in dem Verhältnisse einer allgemeinen Regel und einer Ausnahme stehen. Der §. 59 enthält unläugbar einen als

Regel aufgestellten Satz, welcher jedoch ganz positiver Natur ist und sich in philosophischer Hinsicht sogar als eine Ausnahme darstellt. Denn die Rechtsphilosophie erklärt: alle Rechtsgeschäfte, welche ihrer Natur nach nur durch Willensvereinigung zu Stande kommen, werden durch alles Dasjenige unmöglich, was die Vereinigung des Willens unmöglich macht. Da dieses mit dem Irrthume der Fall ist; so sollte es auch im positiven Rechte allgemein wahr seyn, daß der Irrthum die rechtliche Existenz solcher Rechtsgeschäfte vereitelt. Der §. 59 des a. b. G. B. erklärt jedoch dem zuwider, daß der Irrthum im Allgemeinen den Ehevertrag, und somit auch die Ehe selbst nicht zernichte; es ist also eine positive Regel unseres a. b. G. B., daß der Irrthum die Ehe nicht ungültig mache.

Die logisch richtige Anordnung der einzelnen Theile eines systematischen Ganzen fordert schon, daß, wenn eine allgemeine Regel Ausnahme erleidet, diese letzteren dort ihren Platz finden müssen, wo die natürliche Ordnung auf sie führt, und wo es zur Verständlichkeit des Ganzen nothwendig ist. Dieses gilt um so mehr bey einem systematischen Complexe positiver Gesetze, wo Zerrissenheit und Verworrenheit im Ganzen leicht zu den gefährlichsten praktischen Irrthümern führen könnte, während Gesetze die Bestimmung haben, davor zu bewahren. Gestützt auf diese Ansicht muß man auch im vorliegenden Falle annehmen, daß eine für das Eherecht abweichend von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufgestellte Regel die Ausnahmen, welche sie erleidet, nothwendig nur in jenem Theile des a. b. G. B. finden muß, welcher den Vorschriften für die Ehe insbesondere gewidmet ist. Dieses ist auch wirklich der Fall, indem die §§. 57 und 58 des a. b. G. B. diese Ausnahmen enthalten. Es darf nicht befremden, daß die Ausnahmen der Regel vorangehen; denn es war dem Gesetzgeber an dem angeführten Orte nicht sowohl darum zu thun, zu erklären, ob der Irrthum überhaupt den Ehevertrag zernichte; sondern in der Reihe der aufgezählten Ehehindernisse mußte er auch des Hindernisses erwähnen, welches (ausnahmsweise von der sonst

allgemeinen Regel) aus dem Irrthume entstehen kann. Um diese Ausnahme also handelte es sich vorzüglich, diese mußte dort aufgeführt werden, und sie gab nur Gelegenheit, nebenbey die Regel aufzustellen: Irrthum mache die Ehe nicht ungültig. Sucht man nach Ausnahmen von dieser Regel, so muß man sie in dem Hauptstücke vom Eherechte suchen, wohin sie allein gehören, und man muß sie um so mehr dort suchen, als die Regel selbst ganz specieller Natur ist; sie aber an einer mit dieser Rechtsmaterie auf keine Art zusammenhängenden Stelle finden wollen, hieße dem a. b. G. B. die systematische Ordnung absprechen. Es ist also falsch, in dem §. 1024 des a. b. G. B. eine Ausnahme vom §. 59 zu erkennen. Hätte der Gesetzgeber mit dieser Anordnung wirklich eine Ausnahme von jenem §. aufstellen wollen, so hätte er sie in das zweyte Hauptstück des a. b. G. B. I. Thl. versetzen müssen.

Nach dem bereits Gesagten läßt sich auch nicht mehr behaupten, der §. 1024 bestimme hauptsächlich nur einen Fall des Erlöschens einer Vollmacht, und bloß mittelbar, per consequentiam enthalte er eine ins Eherecht einschlagende Anordnung, daher sich seine Stellung im Hauptstücke „von der Bevollmächtigung" allerdings rechtfertige. Denn eben diese umfassende Deutung des §. 1024 ist durch die oben gelieferte Auslegung bestritten worden. Und wenn es richtig wäre, daß auch die auf Abschließung der Ehe ertheilte Vollmacht durch die Eröffnung des Concurses aufgehoben würde; so hätte ja der Gesetzgeber die beste Gelegenheit im Hauptstücke „vom Ehevertrage" selbst gehabt, seinen Willen auf zweifellose Weise zu erklären. Der §. 76 des a. b. G. B. enthält ausdrücklich einen Fall, wo die Ehe ungültig ist, weil die Vollmacht bereits vor der durch den Mandatar erklärten Einwilligung aufgehoben war. Da nun die Vollmacht auf viele Arten aufgehoben werden kann, und der Gesetzgeber nur eine einzige dieser Aufhebungsarten anführt, muß man annehmen, er habe das dort angedeutete Ehehinderniß auf diese einzige Aufhebungsart beschränkt, nämlich auf den Widerruf. Hätte der Gesetz-

geber die erst nach Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Mandanten durch Procuration geschlossene Ehe ungültig erklären wollen, so hätte er es hier im §. 75 des a. b. G. B. thun müssen. Hier führte die natürliche Ordnung darauf, zu sagen, wenn eine auf Grundlage einer Vollmacht geschlossene Ehe aus einem die Bevollmächtigung betreffenden Grunde ungültig sey. Es hätte in dem eben citirten §. heißen müssen: „Ist die Vollmacht vor der abgeschlossenen Ehe durch Widerruf, oder durch Eröffnung des Concurses erloschen, so ist die Ehe ungültig," u. s. w., welche Textirung des Gesetzes sich von selbst darzubiethen schien.

Vergeblich wendet man dagegen ein, auch durch den Tod erlösche die Vollmacht, und ohne daß in dem §. 75 des a. b. G. B. diese Erlöschungsart genannt werde, sey die erst nach dem Tode des Machtgebers durch den Mandatar eingegangene Ehe ungültig. Wie man nun der Erlöschung der Vollmacht durch den Tod diese entkräftende Wirkung zugestehe, müsse man sie auch der Erlöschung durch Eröffnung des Concurses zugestehen. Diesem Einwurfe steht entgegen, daß diese Ehe nicht darum ungültig ist, weil durch den Tod die Vollmacht aufgehoben wurde, sondern darum, weil die Ehe ein auf persönliche Leistungen berechnetes Rechtsgeschäft, sie sonach von Seite beyder Theile die Fähigkeit, die physische Möglichkeit der Leistung voraussetzt. Es handelt sich darum, Personenrechte zu erwerben, zu übertragen, und diese setzen nothwendig das Leben, die physische Existenz der contrahirenden Theile voraus. Die Möglichkeit, sich zu verpflichten, hatte aufgehört, bevor noch der die Verpflichtung begründen sollende Act vorgenommen wurde. Ferner war zur Zeit der von dem Mandanten abgegebenen Erklärung zur Ehe, der auf die Ehe gerichtete Wille des Mandanten wirklich schon erloschen; also aus Abgang des Willens konnte keine Willensvereinigung, kein Vertrag mehr zu Stande kommen, aber nicht aus Abgang der Vollmacht oder wegen deren Erlöschen; so wie auch in dem Falle der widerrufenen Vollmacht die Ehe darum ungül-

tig ist, weil eine Uebereinstimmung der Willen bey den Contrahenten nicht mehr vorhanden ist. Dagegen kann ungeachtet des über sein Vermögen eröffneten Concurses der Mandant immer noch seinen Willen auf die einzugehende Ehe gerichtet haben, und dieser sein Wille wird, wie gezeigt wurde, durch Eröffnung des Concurses nicht einmahl beschränkt, außer inwiefern das in Concurs gezogene Vermögen Gegenstand seiner Aeußerung seyn sollte. Da mit dem Tode entschieden der Wille aufhört; so war es allerdings überflüssig, im §. 75 des a. b. G. B. auch des Erlöschens der Vollmacht durch den Tod des Machtgebers zu gedenken. Wohl aber mußte des Widerrufes der Vollmacht insbesondere gedacht werden, wenn er die Wirkung haben sollte, die durch den Machthaber nach erfolgtem Widerrufe für den Machtgeber eingegangene Ehe ungültig zu machen; denn es hätte sonst leicht der Zweifel entstehen können, ob diese gegen den Willen des Machtgebers geschlossene Ehe nicht vielleicht nach §. 1026 des a. b. G. B. dann gültig bleibe, wenn dem andern Ehetheile die Aufhebung der Vollmacht ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist. Der genannte §. sagt, daß ein unter solchen Verhältnissen geschlossener Vertrag verbindlich bleibt, und der Gewaltgeber sich nur bey dem Gewalthaber, der die Aufhebung verschwiegen hat, wegen seines Schadens sich erholen könne. Der §. 75 des a. b. G. B. mußte daher, um jeden Zweifel zu beseitigen, die Ungültigkeit einer solchen Ehe aussprechen.

Nachdem vorgehende Erörterung gezeigt hat, daß die wichtigsten Gründe, ohne durch Gegengründe geschwächt zu werden, für die Behauptung sprechen: eine auf Grundlage der von dem Machthaber nach Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Machtgebers erklärten Einwilligung geschlossene Ehe sey gültig, sollen noch in gedrängter Kürze diejenigen Gründe untersucht werden, welche der gegentheiligen Meinung, daß eine solche Ehe ungültig sey, entgegen treten.

Eine Ehe kann nur darum ungültig seyn, weil sie mit einem gesetzlichen Hindernisse eingegangen wurde. Das auf solche Weise zu Stande gekommene gesellschaftliche Verhältniß ist keine Ehe, und darum nennt das Gesetz die Auflösung einer solchen Verbindung in der Randbemerkung zum §. 94 des a. b. G. B. nur eine scheinbare Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Die Ehehindernisse sind Mängel, positive Gründe, welche die Ehe im Staate entweder unerlaubt oder ungültig machen, und von den Gesetzen ausdrücklich mit dieser Wirkung versehen seyn müssen, inwiefern sie nicht von der Art sind, daß sie schon nach dem Vernunftrechte theils den Vertrag überhaupt, oder die Gesellschaft insbesondere unmöglich machen; aber auch Hindernisse der letzten Art muß der Gesetzgeber, will er Unsicherheit der Rechte beseitigen, durch ausdrückliche Gesetze zu positiven Normen erheben. Da nun das zweyte Hauptstück des a. b. G. B., welches von dem Eherechte handelt, die Hindernisse der Ehe vom §. 48 anfangend, aufzählt; so müssen wir, wenn die gegnerische Behauptung der Ungültigkeit der in Frage stehenden Ehe richtig ist, das zugleich behauptete Ehehinderniß ebenfalls dort finden. Vergebens suchen wir es jedoch daselbst. Der §. 76, welcher einzig und allein von der feyerlichen Erklärung der Ehe mittelst eines Bevollmächtigten spricht, gedenkt nicht des Falles, da über das Vermögen des Machtgebers der Concurs eröffnet wurde; obwohl, wie wir oben zeigten, sich hier die beste Gelegenheit gefunden hätte, da die Wirkungen des erfolgten Widerrufes der Vollmacht dort in Betracht gezogen wurden. Die Ehehindernisse aber außer dem zweyten Hauptstücke, vielleicht in dem ganz fremdartigen 22. Hauptstücke des II. Theils suchen zu wollen, könnte nur unter der Voraussetzung eines Zweifels an der systematischen Anordnung der einzelnen Theile und des Ganzen unsers b. G. B. zugemuthet werden. Wollte man nun auch annehmen, der §. 1024 des a. b. G. B. enthielte ein Ehehinderniß; so müßte sich doch auch im zweyten Hauptstücke irgend eine Hinweisung auf dasselbe vorfinden. Allein

der §. 94, welcher die Fälle anführt, wo die Ungültigkeit der Ehe von Amtswegen zu untersuchen ist, zählt den §. 1024 unter den übrigen nicht auf, woraus unumstößlich folgt, daß das von den Gegnern behauptete Ehehinderniß ein öffentliches nicht sey. Es könnte daher nur übrig bleiben, zu untersuchen, ob dasselbe nicht vielleicht ein Privathinderniß sey. Obwohl nun der §. 95 des a. b. G. B. sämmtliche Privathindernisse enthält, indem er bestimmt, unter welchen Umständen dem einen oder dem andern Ehegatten das Bestreitungsrecht einer mit einem Privathindernisse eingegangenen Ehe nicht zusteht — und dieser §. eben so wenig auf den §. 1024 hindeutet, daher man mit aller Sicherheit annehmen darf, daß dieser §. keine Bestimmung über ein Ehehinderniß enthält; so wollen wir dessen ungeachtet untersuchen, ob bey der in Frage stehenden Ehe nicht dennoch ein Privathinderniß obwalte.

Bey jeder mit einem Privathindernisse geschlossenen Ehe muß Jemand vorhanden seyn, der durch die ungültig geschlossene Ehe in seinen Rechten gekränkt wurde, und dem daher auch das Recht zusteht, diese Ehe zu bestreiten; dessen dießfalsiges Ansuchen also abgewartet werden muß, um die Untersuchung über die Ungültigkeit der Ehe aufnehmen zu können [1]). Doch nicht Jedermann, der durch Jemandens Ehe in seinen Privatrechten gekränkt wurde, ist, wenn diese Ehe zugleich mit einem Privathindernisse geschlossen worden, zur Bestreitung derselben berechtiget. Hierzu ist insbesondere nothwendig, daß der Grund der Kränkung, die Jemand in seinen Rechten durch die geschlossene Ehe leidet, in dem Privathindernisse selbst liege; und Letzterer, um durch die Ehe nicht gekränkt zu werden, dabey selbst interveniren, und seine Willenszustimmung erklären müßte. Daher hat Dolliner folgenden Grundsatz als das Criterion aufgestellt, wornach das Bestreitungsrecht einer mit einem Privathindernisse geschlossenen Ehe

---

1) §. 94 d. a. b. G. B.

zu beurtheilen sey, nämlich: „Das Recht, die Gültigkeit einer Ehe wegen eines derselben entgegenstehenden Privathindernisses zu bestreiten, steht Jenen zu, welche zur gültigen Schließung einer Ehe mittelst Erklärung ihres Willens nothwendig zu interveniren haben, und durch die geschlossene Ehe in ihren Rechten eine Kränkung erleiden, deren Grund in dem Privathindernisse selbst liegt, womit die Ehe geschlossen wurde [1].“ Prüfen wir nun nach diesem Grundsatze die Verhältnisse jener Personen, welche in ihren Privatrechten durch eine Ehe gekränkt erscheinen könnten, die von einem Bevollmächtigten im Namen seines Machtgebers nach Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Letzteren geschlossen worden ist, um zu sehen, ob irgend einer derselben ein Bestreitungsrecht zustehe.

Unter allen möglichen Personen sind es nur die Ehegatten selbst, oder die Concurs-Gläubiger, welche vielleicht durch die in Frage stehende Ehe gekränkt seyn könnten; daß der die Ehe abschließende Bevollmächtigte auf keine Weise eine Kränkung erfährt, ist ohne nähere Prüfung einleuchtend. Aber auch in Betreff der Concurs-Gläubiger schwindet jeder Zweifel, wenn wir auf das zurückblicken, was oben bey Beantwortung der Frage gesagt wurde, ob nämlich die Concurs-Gläubiger überhaupt durch eine von dem Cridatar nach Ausbruch des Concurses in Person, oder durch einen Bevollmächtigten geschlossene Ehe in ihren Rechten gekränkt werden. Diese Frage wurde verneint, und gezeigt, daß, da es nur Sachenrechte sind, welche sie gegen die Concurs-Masse geltend machen, und zum Theil bereits erworben hätten, sie durch die vom Cridatar geschlossene Ehe, welche stets nur Personenrechte gründet, in ihren Rechten nicht gefährdet werden. Da sie nun überhaupt in ihren Rechten keine Kränkung erfahren, kann auch nicht erst die Frage entstehen, ob diese Kränkung sie zur Bestreitung der Ehe des Cridatars berechtige. Und so wie man

[1]) Siehe Wagner's Zeitschrift Jahrgang 1825, I. Bd., S. 389 — 391.

allgemein zugibt, daß ein Cridatar, um eine Ehe schließen zu können, der Einwilligung seiner Gläubiger nicht bedürfe, er mag diese Ehe nun in Person, oder durch einen Bevollmächtigten, und zwar auf Grundlage einer erst nach Ausbruch des Concurses, oder schon vorher ausgestellten Vollmacht schließen wollen, wird auch Niemand im Ernste behaupten, daß sie eine derley geschlossene Ehe anfechten könnten. Sie erscheinen also nicht durch die Ehe gekränkt, und in Betreff ihrer erscheint jene Ehe nicht ungültig.

Wäre es vielleicht der in Concurs verfallene Ehetheil, welcher durch die nach Eröffnung des Concurses von seinem Bevollmächtigten geschlossene Ehe gekränkt erscheint?! An seine Einwilligung ist allerdings die Gültigkeit der Ehe geknüpft; aber es ist in dem vorliegenden Falle kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß die Ehe ohne diese Einwilligung geschlossen worden sey. Er hatte durch eine, keinem Zweifel Raum gebende Vollmacht seinen Willen erklärt, die in Frage stehende Ehe zu schließen, und seiner Willenserklärung und der Bevollmächtigung stand nichts im Wege. Er hat ferner nichts gethan, woraus eine Aenderung seines Willens hervorleuchtete, nichts, was eine ausdrückliche Erklärung seiner Sinnesänderung zeigte, wie ein ausdrücklicher Widerruf der Vollmacht gethan hätte, und nichts, was dieselbe auch nur vermuthen ließ. Beendet auch der über ihn verhängte Concurs eine früher ertheilte Vollmacht, welche das dem Concurse unterzogene Vermögen zum Gegenstande hat; so gilt dieses doch nicht von der auf Schließung der Ehe gerichteten Vollmacht, wie oben hinlänglich dargethan wurde, und selbst in Hinsicht jener geschieht diese Aufhebung ohne sein Zuthun, sie zeigt also nicht für seine Willensänderung; denn die Eröffnung des Concurses ist ein von seinem Wollen ganz unabhängiges Ereigniß, welches in der Regel sogar gegen den Willen und Wunsch des Cridatars eintritt. Er kann also auch aus diesem Ereignisse nicht die Aufhebung der von ihm ertheilten Vollmacht zur Schließung der Ehe behaupten und

und geltend machen, folglich auch nicht behaupten, durch Schließung jener Ehe in seinen Rechten gekränkt zu seyn, zu deren Schließung er eine Vollmacht ertheilte, welche er vor Erklärung der Einwilligung durch den Machthaber selbst nicht widerrufen hat; und er kann dieses um so weniger, als er nicht einmahl als schuldloser Theil erscheint [1]). Demnach erscheint auch der Machtgeber, der in Crida verfallen, nicht als durch jene Ehe in seinen Privatrechten gekränkt, und die Ehe selbst in Betreff seiner nicht als ungültig.

Es bleibt nur noch zu untersuchen übrig, ob nicht vielleicht der andere Ehetheil in seinen Rechten gekränkt und somit die Ehe in Betreff seiner ungültig sey, wenn zur Zeit der durch den Bevollmächtigten erklärten Einwilligung des Machtgebers über diesen selbst der Concurs eröffnet war. Eben so wie von dem andern, gilt auch von diesem Ehetheile, daß an seine Einwilligung die Gültigkeit der Ehe gebunden ist. Wie diese Einwilligung einerseits aber absolut nothwendig ist, muß sie andererseits unbedingt lauten. Es steht daher keinem Ehetheile zu, der Erklärung ihrer Einwilligung beschränkende Beysätze anzuhängen; jedenfalls würden sie ohne rechtliche Wirkung bleiben. Durch diese unbedingte Einwilligung kömmt die beabsichtigte Ehe zu Stande, und alle nebenbey getroffenen besonderen Verabredungen äußern auf ihre Gültigkeit nicht den geringsten Einfluß. Da nun schon ausdrückliche Verabredungen für die Rechtskraft des Ehevertrages so gleichgültig erscheinen, muß dieses bey stillschweigenden Voraussetzungen um so mehr der Fall seyn. Daher die Verordnung des §. 59 des a. b. G. B. Ist es nun wahr, daß solche ausdrückliche Verabredungen in rechtlicher Hinsicht wirkungslos sind; so können aus ihnen für den paciscirenden Ehetheil auch keine besonderen Rechte entstehen, und darum auch kann dieser in seinen Erwartungen getäuschte Theil durch diese Täuschung in seinen Rechten nicht gekränkt werden. Hätte daher nun auch in dem in Frage stehenden Falle der

[1]) §. 96 d. a. b. G. B.

eine Ehetheil seine Einwilligung an die Bedingung gebunden, daß der Andere, welcher durch einen Bevollmächtigten seine Einwilligung erklärt, wohlhabend sey, oder auch, daß er kein Cridatar sey; so ist die Ehe dennoch gültig, obgleich sich in der Folge zeigt, daß er nicht wohlhabend, sondern in Concurs verfallen sey. Hat der getäuschte Ehetheil damahls, als er ausdrücklich diese Bedingung setzte, kein Recht, zu fordern, daß diese Täuschung nicht eingetreten wäre; so hat er dieses Recht um so weniger, wenn bey Verabredung der künftigen Ehe, oder bey deren Abschließung selbst solche Nebenbestimmungen nicht gemacht wurden. Und da im Falle der auf Grundlage einer Vollmacht geschlossenen Ehe in der Individualität der Personen kein Irrthum vorging, und dem einen Theile zwar eine verarmte, aber nicht eine andere Person angetraut wurde, als mit welcher er den Ehevertrag einzugehen beabsichtigte; so ist für ihn auch kein Grund zur Beschwerde vorhanden, und man muß also folgerecht behaupten, daß, da der getäuschte Ehetheil das Recht nicht hat, zu verlangen, daß die Ehe unter diesen Verhältnissen nicht eingegangen wäre, die Ehe in Betreff seiner auch nicht als ungültig, nicht mit einem Ehehindernisse eingegangen sich darstelle.

Vergeblich würde man nun noch nach andern Personen suchen, welche aus dem alleinigen Grunde des vor Abschließung des Ehevertrages eröffneten Concurses die Gültigkeit der geschlossenen Ehe bestreiten könnten. Und so wie sich nun durch diese Abschließung der Ehe keinerley Privatrechte verletzt zeigen, und daher auch Niemand, dessen zur Ehe nothwendige Zustimmung übergangen worden wäre, zu deren Bestreitung berechtigt erscheint; muß man wenigstens an dem Daseyn eines Privathindernisses (gleichwie nach dem oben Gesagten an dem eines öffentlichen Ehehindernisses), und also auch an der Ungültigkeit der Ehe zweifeln; und es dürfte hierin ein weiterer Grund für die Behauptung liegen, daß der §. 1024 des a. b. G. B. weder direct noch indirect eine die Gültigkeit einer Ehe betreffende Vorschrift enthalte.

III.

Rechtsfall zur Erläuterung des §. 169 über den Begriff des Verbrechens des Raubes [1]).

Vom

Herrn Joseph Kitka,

Magistratsrathe und Actuar der k. k. Hofcommission in Justizgesetzsachen.

Der herrschaftliche Revierjäger J. N. ging am 15. Juny 1832 in das seiner Aufsicht anvertraute Revier (Waldbezirk), und begegnete, bevor er noch in das letztere kam, drey mit Graspäcken beladene Bauernmägde. In der Meinung, daß dieses Gras aus den Meißen des Revieres (wo die Grasung bekanntermaßen dem Emporkommen der Waldung sehr schädlich ist) herrühre, hielt J. N. die drey Mägde an, nahm ihnen die Graspäcke ab, und verlangte von den Mägden zum Beweise der Betretung einige Effecten als Pfänder,

[1]) Ein, dem hier erörterten ähnlicher Rechtsfall erschien erst unlängst in dieser Zeitschrift, J. 1835, Bd. 2. S. 155 — 160. Der anonyme Verfasser hält den dort erzählten Fall für einen Raub, und zwar aus dem Grunde, weil die That unter den Wortlaut des §. 169: — „um sich eines beweglichen Gutes zu bemächtigen" — passe. Aus unserer Erörterung wird sich aber ergeben, daß dieser Grund allein noch nicht hinreiche, eine That für einen Raub zu erklären. Was weiter a. a. O. S. 159 über das Vorhandenseyn des dolus indeterminatus gesagt wird, ist ganz unverständlich. Die dort vorkommenden irrigen Ansichten über die öffentliche Gewaltthätigkeit, den Diebstahl und die schwere Verwundung werde ich in einer besonderen Abhandlung näher darstellen.

und als die Mägde diese Effecten zu geben sich weigerten und bemerkten, daß das Gras nicht in dem, dem J. N., beziehungsweise seiner Herrschaft gehörigen Reviere, sondern in dem der Herrschaft N — st. gehörigen Walde gesammelt wurde, nahm er ihnen Kopf- und Halstücher, Grastücher und Grasbänder gewaltsam hinweg. Die jüngste Magd Z. K. lief hierauf davon; die zwey älteren Mägde wollten dagegen das vermeintliche, ihnen durch die Abnahme dieser Gegenstände zugefügte Unrecht nicht dulden, und griffen den Revierjäger an, um demselben ihr Eigenthum wieder zu entreißen. Der Revierjäger wehrte sich gegen diesen Angriff, gab der jüngeren J. K. eine Ohrfeige, und jetzt wagte nur noch die älteste Magd M. L. eine Balgerey mit dem Revierjäger um die Effecten. Dieser warf die M. L. zu Boden, schlug sie in's Gesicht und mit ihrem Kopfe öfter um die Erde, riß sie bey den Haaren, und als sie seinen Befehl, mit ihm zu seinem Amte zu gehen, nicht befolgen wollte, band er ihr mit Hülfe des Häuslers M. K. (welchen er hierzu dringend aufforderte und welcher zu diesem Vorfalle nur zufällig kam) mittelst eines Strickes die Hände auf den Rücken, und verlangte, daß sie ihm nun zu seinem Amte folge. Allein die M. L. wollte dieß auch jetzt nicht thun, worauf sie der Revierjäger wieder gemißhandelt, und nur über die Bitte des angekommenen L. S., mit dieser Magd doch Erbarmen zu haben, endlich losgelassen hat. Hierauf schleppte sich die M. L. mühsam bis an das Ufer eines nicht weit von dem Orte dieser Thatausführung entfernten Flusses, wo sie ohnmächtig niedersank, von der J. K. mit Wasser bespritzt, und so wieder aus der Ohnmacht geweckt wurde. Die jüngste Magd Z. K. lief, nachdem sie, wie bereits erwähnt wurde, ihre zwey Gefährtinnen verlassen hatte, nach Hause, erzählte den Vorfall ihrem Bruder A. K. und dem F. D., und forderte Beyde auf, den zurückgelassenen zwey Mägden zu Hülfe zu eilen. Dieß thaten die Aufgeforderten, und trafen diese zwey Mägde an dem Ufer des Flusses an, erfuhren von denselben die ganze Thatgeschichte und über-

zeugten sich, daß die Magd M. L., die im Gesichte noch blutete, stark verletzt sey. Die Letztere äußerte das Besorgniß, daß sie, wenn der Revierjäger die ihr abgenommenen Gegenstände als Pfandstücke behält, diese bey der Herrschaft des Letzteren werde auslösen und noch einen besonderen Strafgeldbetrag werde erlegen müssen, und sie forderte daher den A. K. und den F. D. auf, dem Revierjäger die Pfänder abzunehmen, mit dem Beyfügen, daß es nicht schaden möchte, den Jäger eben so abzuprügeln, wie es ihr von diesem geschehen. A. K. und F. D. hatten mit der Magd M. L. Mitleiden, und beschlossen daher in Folge dieser Aufforderung, dem Revierjäger nachzugehen und ihm die Pfänder abzunehmen, und da der Revierjäger bereits bey dem Müller N. eingekehrt war, so folgten ihm A. K. und F. D. dahin nach, und verlangten daselbst von dem Revierjäger die Zurückstellung der Pfänder, wozu jedoch der Letztere nicht zu bewegen war. Hierauf entfernten sich A. K. und F. D. aus der Mühle, und paßten in einem Walde, durch welchen der Revierjäger bey seiner Rückkehr nach Hause gehen mußte, demselben auf und beschlossen, ihm zuerst sein Gewehr abzunehmen, damit ihnen, besonders, wenn dasselbe geladen seyn sollte, kein Unglück widerfahre. Als nun bald darauf auch der Revierjäger diesen Wald passirte, näherte sich demselben zuerst der A. K. mit den Worten: Pěkné wytám Pantáto [1]) (Schön willkommen Herr Vater), und stellte sich, als wenn er dem Revierjäger die Hand küssen wollte, in welchem Augenblicke nun auch der F. D., welcher sich hinter einem Baume verborgen hielt, hervorsprang, und den Jäger von rückwärts packte, während diesen der A. K. bey der Brust festhielt. Die Thäter bemächtigten sich nun gewaltsam zuerst des Gewehres, nahmen dann

---

[1]) Eine vorzüglich in Mähren gebräuchliche höfliche Redensart, deren sich der gemeine Mann gegen diejenigen zu bedienen pflegt, welche städtisch gekleidet sind, und ihm nach seiner Ansicht im Range vorgehen.

dem Jäger die Pfänder ab, und nachdem sie denselben gemißhandelt, haben sie ihm mittelst eines Strickes die Hände rückwärts, und dann den Jäger selbst an einen Baum gebunden. Hierauf verbargen die Thäter das Gewehr in ein Gesträuch im Walde, und entfernten sich mit den dem Jäger abgenommenen Pfändern. Da jedoch die Thäter der Meinung waren, daß sie von dem Revierjäger nicht erkannt wurden, ihre Entdeckung aber durch den Besitz der Pfänder besorgten; so trug der Eine von ihnen diese Pfänder wieder zurück, und legte dieselben in dem Walde unweit des Jägers hin. Dem Jäger gelang es, sich von dem Baume loszubinden, worauf er sich mit den Pfändern wieder zu dem Müller N. begab, und da er wegen der erlittenen Mißhandlung die Reise nach Hause nicht fortsetzen konnte, so ließ ihn der Müller in einem Wagen nach Hause führen. — In Folge der über diesen Vorfall von dem Revierjäger an seine Obrigkeit gemachten Anzeige wurde der Thatbestand erhoben, und aus dieser Erhebung ergab sich zugleich, daß die Verletzung der Dienstmagd M. L. nur zu den leichten, jene des Revierjägers dagegen zu den schweren gehöret, und daß einer von den Thätern das Gewehr (welches geladen war) aus dem Walde später wieder abgeholet und nach ruchbar gewordener That seinem Amte übergeben hat.

Das Criminalgericht hat den A. K. und den F. D. wegen des Verbrechens des Raubes in Untersuchung gezogen, und nachdem beyde Thäter die That auf die oben angeführte Art eingestanden haben, wurden dieselben wegen des Verbrechens des Raubes verurtheilet. Dieses Urtheil hat das Obergericht bestätiget, der oberste Gerichtshof dagegen abgeändert, und die Thäter nur wegen des Verbrechens der schweren Verwundung und der öffentlichen Gewaltthätigkeit verurtheilet (§§. 78 und 136).

Die Gründe des Criminalgerichtes und des Obergerichtes für, so wie die Gründe des obersten Gerichtshofes gegen die Annahme des Verbrechens des Raubes sind mir nicht

bekannt. Auch das Detail der Thatgeschichte und der Verhöre der Inquisiten weiß ich nicht. So viel ist aber gewiß, daß die Inquisiten in den Verhören geläugnet haben müssen, das Gewehr dem Revierjäger in der Absicht gewaltsam genommen zu haben, um sich dieses Gewehr zuzueignen; denn hätten sie diese Absicht eingestanden, so wäre das Verbrechen des Raubes gar nicht in Zweifel zu ziehen. Unter Voraussetzung des Läugnens dieser Absicht läßt sich nun allerdings nachweisen, daß die gewaltsame Abnahme des dem Revierjäger gehörigen Gewehres einen Raub nicht bilden könne, und daher die Ansicht des obersten Gerichtshofes dem Geiste unseres Strafgesetzbuches vollkommen entspreche. Da jedoch die erste und die zweyte Instanz in ihren Urtheilen die Gegenansicht ausgesprochen haben, so dürfte es nicht überflüssig seyn, die Gründe und Gegengründe näher zu entwickeln, und hierdurch zur richtigen Entscheidung ähnlicher Fälle — von denen mir aus der Praxis mehrere bekannt sind — etwas beyzutragen.

Die Gründe für die Annahme des Raubes können lediglich auf folgenden Sylogismus gestützet werden: Wer einer Person Gewalt anthut, um sich ihres beweglichen Gutes zu bemächtigen, macht sich nach dem §. 169 eines Raubes schuldig. Der A. K. und der F. D. haben dem Revierjäger J. N. Gewalt angethan, um sich seines Gewehres zu bemächtigen. Folglich haben sich A. K. und F. D. nach dem §. 169 eines Raubes schuldig gemacht.

Bleibt man bey den dürren Worten des Gesetzes (§. 169) stehen, so läßt sich gegen die Annahme des Raubes wohl nichts einwenden, weil unter diese Worte der erzählte Fall vollkommen gereihet werden kann. Allein es ist bereits längst anerkannt, und auch durch unsere Gesetzgebung (§. 6 des a. b. G. B.) bestätiget, daß die grammatische Auslegung, an und für sich betrachtet, zur richtigen Auffassung des Gesetzes bey weitem nicht genüge, sondern daß man den wahren Sinn des Gesetzes zugleich auch aus der klaren Absicht des Gesetzgebers entwickeln, sofort die grammatische Auslegung mit der

logischen in Verbindung setzen müsse. Sobald wir aber das letztere thun, werden wir gewahr, daß der erwähnte Rechtsfall unter den §. 169 nicht gereihet werden kann. Es ist eine ausgemachte, sowohl von den ältesten als auch von den neueren und neuesten Criminalisten anerkannte Wahrheit [1]), daß der Raub eine aus Diebstahl und Gewaltthätigkeit gegen die Person zusammengesetzte strafbare Handlung ist, indem durch den Raub sowohl das fremde bewegliche Eigenthum als auch die persönliche Sicherheit des Beraubten bald mehr bald weniger gefährdet oder verletzet wird. Die Gefährdung des Eigenthumes besteht in der Entziehung des fremden beweglichen Gutes aus dem Besitze eines Anderen ohne dessen Einwilligung zum Vortheile des Entziehers, und diese Merkmahle bilden den Begriff des Diebstahles (§. 151). Auf diese Art ist in jedem Raube implicite immer auch der Diebstahl begriffen, und es müssen daher bey jedem Raube auch die Merkmahle des Diebstahles in der Art eintreten, daß da, wo dieß nicht der Fall ist, auch von dem Verbrechen des Raubes keine Rede seyn kann. Der Un-

---

[1]) Siehe hierüber: Böhmers elementa jurisprudentiae criminalis §. 144; Quistorp's Grundsätze des deutschen peinl. Rechtes §§. 396, 397 und 398; Feuerbach's peinl. Recht §§. 323, 353, 354 u. f.; Grolman's Criminalrechtswissenschaft §§. 232 — 235; Kleinschrod im alt. Arch. des Criminalrechts Bd. 5, Stück 4, S. 13 und 14; derselbe im neuen Arch. des Criminalrechts Bd. 2, S. 534 u. f.; Jenull's Comm. zum §. 169 II. Thl. S. 346.

Ueberall wird insbesondere hervorgehoben, daß auch zum Raube diebische Absicht erfordert werde, und Kleinschrod spricht in Beziehung auf den §. 169 unseres St. G. B. insbesondere den Wunsch aus, daß in diesem Paragraphe die diebische Absicht (die Absicht, die gewaltsam abgenommene Sache sich oder einem Dritten zuzueignen) als ein Merkmahl des Raubes nicht übergangen wäre, weil sonst auch wohl eine unerlaubte gewaltsame Pfändung unter den Begriff des Raubes gebracht werden könnte (s. alt. Arch. des Criminalrechts, Bd. 5, Stück 4, S. 14).

terschied zwischen Raub nnd Diebstahl besteht demnach lediglich darin, daß der Diebstahl ohne thätliche Beleidigung oder Drohung gegen den Besitzer der entwendeten beweglichen Sache Statt findet, wogegen der Raub die thätliche Beleidigung oder Drohung des Thäters in der Absicht, sich des beweglichen Gutes zu bemächtigen, als ein wesentliches Merkmahl voraussetzet. Beyde strafbaren Handlungen (Raub und Diebstahl) erfordern aber immer dieselbe Hauptabsicht (Endabsicht) des Thäters; nämlich die Absicht: aus der That Vortheile zu ziehen, oder die entwendete Sache sich selbst, oder einem Dritten widerrechtlich zuzueignen. Kommt also die Frage zur Sprache, ob eine bestimmte That das Verbrechen des Raubes bilde, so kann die Antwort hierauf nur dann bejahend ausfallen, wenn diese That, abgesehen von der thätlichen Beleidigung oder Drohung, so beschaffen ist, daß sie die Merkmahle des (Verbrechens oder der schweren Polizeyübertretung des) Diebstahles an sich trägt.

Diese Ansicht ist aber nicht bloß der Criminalrechtswissenschaft eigen, sondern auch in den positiven Strafgesetzgebungen sehr deutlich ausgesprochen, z. B. in dem preuß. Landrechte II. Thl. 20. Tit. §§. 1108 uud 1187, insbesondere in der Verordnung vom 26. Februar 1799, wo es im §. 22 heißt: Als Räuber wird Derjenige bestraft, der, um Diebstahl zu begehen u. s. f. (altes Archiv des Criminalrechts, Bd. 2, Stück 1, S. 37); ferner und vorzüglich in dem bayerischen St. G. B. Art. 209, 233, und in den zu diesen Artikeln gehörigen Anmerkungen, wo es heißt: „Wer wissentlich ein fremdes bewegliches Gut ohne Einwilligung des Berechtigten, jedoch ohne Gewalt an einer Person, eigenmächtig in seinen Besitz nimmt, um dasselbe rechtswidrig als Eigenthum zu haben, ist ein Dieb (Art. 209). Wer, um eine Entwendung zu vollbringen, einer Person Gewalt anthut, entweder durch thätliche Mißhandlungen oder durch Drohung auf Leib oder Leben, der ist des Raubes schuldig, er habe seine habsüchtige Absicht erreicht oder nicht (Art. 233).

Der Raub als ein aus einem Angriffe wider die Person und das Eigenthum zusammengesetztes Verbrechen hat mit dem Diebstahle das Merkmahl gemein, daß die eigennützige diebische Absicht zum Raube so nothwendig ist, daß eine aus Rache oder Bosheit verübte gewaltsame Beschädigung fremden Eigenthumes oder die gewaltsame Hinwegnahme einer Sache in der Absicht, daran ein Recht geltend zu machen, kein Raub, sondern eine andere Gattung strafbarer Handlungen ist. Diebische Absicht gehört zum Begriffe des Raubes, weil ohne diese Absicht die rechtswidrige Gewalt an der Person in eine andere Art von Verbrechen übergehet (Anmerkungen zum Art. 233 Nr. 1 und 6)."

Unser Strafgesetzbuch hat zwar in den §§. 151 und 169 nicht so, wie das bayerische St. G. B. in den angeführten Artikeln 209 und 233 die Merkmahle ausdrücklich hervorgehoben: daß der Diebstahl ohne Gewalt gegen die Person geschehen, bey dem Raube hingegen die Entwendung eben so, wie bey dem Diebstahle, Statt finden müsse, d. h. daß der Raub dieselbe Absicht des Thäters, wie der Diebstahl voraussetze [1]). Allein diese Merkmahle ergeben sich aus der Vergleichung des Begriffes über den Diebstahl mit dem Begriffe über den Raub von selbst, und der Gesetzgeber konnte darauf rechnen, daß diese Vergleichung den Richter zu der Ueberzeugung führen werde, daß der Raub nichts anderes als ein Diebstahl sey, mit dem einzigen, in dem §. 169

[1]) In der Theres. Hals-G. O. (Art. 94 und 96) und in dem Josephinischen St. G. B. (§. 163 u. f.) ist der Begriff des Raubes von jenem des Diebstahles nicht genau unterschieden, indem z. B. der §. 168 des Jos. St. G. B. auch Denjenigen einen Räuber nennet, der frembes Vieh von dem Triebe oder von der Weide stiehlt. Indessen ist doch aus dem §. 165 desselben G. B. zu ersehen, daß dieses Gesetzbuch den Raub als ein aus Gewalt gegen die Person und aus Diebstahl zusammengesetztes Verbrechen ansieht, obschon das Gesetz von diesem richtigen Begriffe in dem §. 168 wieder abgeht.

angedeuteten Unterschiede, daß, sobald der Diebstahl in den Raub übergehen soll, der Diebstahl mittelst einer der Person angethaner Gewalt geschehen müsse. Auf diese Ueberzeugung konnte der Gesetzgeber um so mehr rechnen, als es einleuchtend ist, daß allen Verbrechen, welche bewegliche Güter zum Gegenstande haben, und bey welcher die Absicht des Thäters nicht auf die Beschädigung dieser Güter gerichtet ist, das gemeinsame Merkmahl zukommt, daß der Thäter diese Güter sich oder einem Anderen zuzueignen beabsichtige (wie z. B. bey dem Diebstahle, dem Betruge und der Veruntreuung), und daß daher der Richter dieses Merkmahl auch bey dem Raube nicht übersehen werde. Zu dieser Ueberzeugung führet den Richter auch schon der allgemeine Sprachgebrauch, nach welchem nur Derjenige ein Räuber genannt wird, der einer Person in der Absicht Gewalt anthut, um sich der fremden beweglichen Sache zu bemächtigen, und um diese Sache entweder sich oder einem Dritten, eben so, wie bey dem Diebstahle (dem Betruge und der Veruntreuung) zuzueignen, wogegen man nach dem gemeinen Sprachgebrauche z. B. Denjenigen nicht einen Räuber nennen wird, der die fremde bewegliche Sache seinem Schuldner in der Absicht gewaltsam nimmt, um durch diese gewaltsame Hinwegnahme zur Sicherstellung seiner Forderung ein Handpfand zu erlangen[1]).

Prüfen wir nun nach Vorausschickung dieser Bemerkungen die Merkmahle des in der Frage stehenden Rechtsfalles. Die Beschuldigten A. K. und F. D. hat die Magd Z. K., nachdem sie ihnen den Vorfall erzählet, aufgefordert, den zurückgelassenen zwey Mägden zu Hülfe zu eilen, was die Beschuldigten auch thaten, die Magd M. L. am Ufer des Flusses am Körper stark verletzt antrafen, und von derselben aufgefordert wurden, dem Revierjäger die Pfänder abzunehmen, wobey diese Magd noch hinzufügte, daß es nicht schaden möchte,

---

[1]) Siehe hierüber auch meine Abhandlung in dieser Zeitschrift, J. 1830, Bd. 2, S. 193 u. f.

den Revierjäger eben so abzuprügeln, wie sie von diesem geschlagen wurde. Schon dieser Hergang bewähret, daß die Beschuldigten nicht die Absicht hatten, dem Revierjäger das Gewehr zu rauben, d. h. dieses Gewehr dem Revierjäger in der Absicht gewaltsam zu nehmen, um sich dasselbe zuzueignen, sondern, daß ihre Angabe: sie hätten mit der Beschädigten M. L. Mitleiden gehabt, und daher in Folge der Aufforderung der Letzteren beschlossen, dem Revierjäger nachzugehen und ihm die Pfänder abzunehmen, glaubwürdig sey. Der Grad dieser Glaubwürdigkeit nimmt aber noch mehr zu, wenn man berücksichtiget, daß die Beschuldigten dem Revierjäger in die Mühle des N. nachgegangen sind, und hier von demselben die Zurückstellung der Pfänder verlanget haben; denn hätten die Beschuldigten die Absicht gehabt, dem Jäger das Gewehr zu rauben, so würden sie den Gang in die Mühle des N. nicht unternommen haben, weil sie hier in Gegenwart der Zeugen den Raub auszuführen nicht wagen konnten (daher sie sich auch mit Zurückstellung der Pfänder ohne Zweifel begnüget haben würden), und weil sie mit Grund hätten besorgen müssen, daß, wenn sie diesen Raub auch nicht in der Mühle, sondern erst später auf dem Rückwege des Jägers nach Hause ausführen möchten, schon der Umstand ihres Erscheinens in der Mühle und der daselbst Statt gehabten Zurückforderung der Pfänder den Weg zur Entdeckung des von ihnen später verübten Raubes gebahnet haben würde. Um dieses Besorgniß zu beseitigen, hätten daher die Beschuldigten im Falle ihrer Absicht zu diesem Raube viel zweckmäßiger gehandelt, sofort dem Revierjäger auf dessen Rückwege aufgepaßt, und hier den Raub (ohne Beyseyn der Zeugen) verübet, wornach, besonders, wenn sie auch von dem Jäger nicht erkannt worden wären, der Verdacht wegen des Raubes auf dieselben nicht so leicht hätte fallen können. Man kann also bey solchen wichtigen Bedenken, welche den Beweis über den Raub nach dem §. 414 ohnehin entkräften, mit vollem Grunde annehmen,

daß die Beschuldigten keineswegs die Absicht hatten, dem Revierjäger das Gewehr in dem oben entwickelten Sinne zu rauben, sondern daß ihre Absicht nur die war: dem Revierjäger das Gewehr zur Verhüthung eines Unglückes, welches aus dem Gebrauche dieser Waffe entstehen könnte, hinwegzunehmen, mithin zu diesem Ende den Jäger zu entwaffnen [1]). Wollte man dagegen behaupten, daß selbst in dem Falle dieser letztgedachten Absicht die That der Inqui-

[1]) Diese Absicht würde noch mehr hervorleuchten, wenn der Inquirent noch folgende Umstände erhoben hätte (und wir zweifeln nicht, daß seine Thätigkeit auf die Erhebung dieser Umstände wenigstens gerichtet gewesen sey): daß der Revierjäger auch eine Sackuhr, Ringe oder andere Gegenstände, deren Werth einzeln oder zusammengenommen den Werth des Gewehres weit übersteigt, bey sich gehabt habe, und dieses den Beschuldigten auch bekannt gewesen sey; denn in diesem Falle wäre schon gar nicht zu begreifen, warum die Absicht der Inquisiten gerade auf die Habhaftwerdung des Gewehres als eines minder werthen Gegenstandes, der sich auch nicht so leicht der Wahrnehmung Anderer entziehen läßt, als auf jene Gegenstände gerichtet gewesen seyn sollte, die einen größeren Werth haben, und auch zur Beseitigung eines Verdachtes gegen die Inquisiten von diesen leichter verborgen gehalten oder veräußert werden können (letzteres berücksichtiget zwar der Räuber selten, um so mehr aber den Werth des zu raubenden Gutes). Eben so wäre auch der Umstand zu erheben gewesen, ob die Inquisiten besondere Liebhaber von Schießgewehren sind, und daher vielleicht nur diese Vorliebe sie bestimmt hätte, den Besitz des Gewehres anderen Gegenständen des Jägers vorzuziehen; ferner ob die Inquisiten habsüchtige Menschen sind u. dgl. Als ein Bedenken gegen die Inquisiten tritt hervor, daß sie das Gewehr in ein Gesträuch verborgen haben, da es doch bey dem Umstande, als der Jäger nach der That an einen Baum gebunden wurde, sofort in diesem Zustande von dem Gewehre gegen die Inquisiten bey ihrer Entfernung keinen Gebrauch machen konnte, genüget hätte, wenn die Inquisiten das Gewehr in der Nähe des Jägers frey liegen gelassen hätten, um auf diese Art den Letzteren in den Stand zu setzen, zu seinem Eigenthume wieder gelangen zu können. Ferner entsteht auch daraus ein Bedenken gegen die Inquisiten, daß Einer von ihnen späterhin das Gewehr aus

siten unter den Wortlaut des §. 169 passe, so müßte man diese Behauptung in ihrer Consequenz auch durchführen, sofort auch in anderen Fällen, welche, abgesehen von der logischen Auslegung des Gesetzes, unter die Worte des §. 169 gereihet werden können, geltend machen. Allein dann würde die Geltendmachung dieser Consequenz zu den inconsequentesten, unserem Strafgesetzbuche ganz fremden Entscheidungen führen; denn es müßte hiernach auch der Revierjäger selbst wegen des **Raubes** gestrafet werden, weil er den Mägden die Effecten gewaltsam hinwegnahm, und daher seine That unter den Wortlaut des §. 169: „Wer einer Person Gewalt anthut, um sich ihres beweglichen Gutes zu bemächtigen, macht sich eines Raubes schuldig," — gereihet werden müßte. — Wer wird dieß aber behaupten? Ferner müßten die Inquisiten schon aus dem Grunde, weil sie die Pfänder dem Revierjäger gewaltsam abgenommen haben, als Räuber gestrafet werden. Noch mehr: Wenn A, dessen Sachen der B stiehlt, und nun mit diesen Sachen wegzugehen versucht, den B in der Absicht entwaffnet, um jedem Unglücke, welches aus dem Gebrauche der Waffen durch den B entstehen könnte, vorzubeugen, und um sich dann des B desto sicherer zu bemächtigen, und zu den gestohlenen Sachen wieder zu gelangen; so müßte die gewaltsame Abnahme der Waffen des Diebes ebenfalls als Raub angesehen und der A als Räuber behandelt werden! Und noch — noch mehr. Wenn A dem B, welcher dem C

---

dem Walde abgeholet hat (was sich freylich auch aus einer erst in der Folge entstandenen, bloß diebischen Absicht erklären läßt). Warum aber das Eine und das Andere geschah, ist uns, da wir die Untersuchungsacten nicht einsehen konnten, nicht bekannt. Aber auch angenommen, daß diese Umstände gegen die Inquisiten das Wort führen, sofort den Verdacht, daß dieselben bey der gewaltsamen Abnahme des Gewehres die Absicht hatten, sich dasselbe zuzueignen, erwecken sollten, so ständen dieser Absicht die oben bemerkten Bedenken doch noch immer entgegen, daher auch noch in diesem Falle mit Rücksicht auf den §. 414 das Verbrechen des Raubes nicht angenommen werden könnte.

einen kostbaren Ring gewaltsam raubte, diesen Ring gewaltsam hinwegnimmt, um den letzteren dem beschädigten C zurückzustellen, so müßte der rechtlich gesinnte A als Räuber behandelt werden; denn er hat dem B Gewalt angethan, um sich eines fremden beweglichen Gutes zu bemächtigen![1]) Doch genug — um anschaulich und begreiflich zu machen, daß der in Frage stehende Fall nur dann als Raub behandelt werden könnte, wenn der Beweis hergestellet wäre, daß die Inquisiten dem Revierjäger das Gewehr in der Absicht gewaltsam abgenommen haben, um dasselbe sich oder jemand Anderen rechtswidrig zuzueignen. Dieser Beweis ist aber nicht vorhanden, sondern es ist nach Erwägung aller Umstände vielmehr sehr wahrscheinlich, daß diese gewaltsame Abnahme bloß in der Absicht Statt fand, damit die Inquisiten den Jäger wehrlos machen, und dann die den Mägden abgenommenen Effecten, zu deren Zurückstellung sich der Jäger in Güte nicht herbeylassen wollte, desto sicherer an sich zu bringen. Daß aber die Inquisiten diese abgenommenen Effecten doch wieder an dem Orte der Thatbegehung zurückließen, geschah aus dem nach der That bey ihnen entstandenen Besorgnisse, daß sie durch diese Effecten wegen der an dem Jäger verübten Mißhandlung verrathen werden könnten, und die Voraussetzung dieses Besorgnisses ist um so wahrscheinlicher, als die Inquisiten im Anfange ihrer Verhöre die ganze ihnen zur Last gelegte That geläugnet haben.

[1]) Ein Beweis, wie nothwendig es sey, den Raub zugleich auch aus dem Gesichtspunkte des Diebstahles aufzufassen, und wie sehr die Festhaltung dieses Gesichtspunctes zur richtigen Entscheidung zweifelhafter Fälle beytrage. Herr Prof. Scari bemerkt zwar (in dieser Zeitschrift J. 1834, Bd. 2., S. 115) ganz richtig, daß der Begriff des Raubes immer nur aus dem Inhalte des §. 169 entnommen werden kann. Allein die so eben beyspielsweise angedeuteten Fälle, so wie der hier erörterte Rechtsfall, sind von der Art, daß sie unrichtig beurtheilet werden können, wenn man bloß bey den Worten des §. 169 stehen bleibt. Ueberhaupt kann es keinem Zweifel unterliegen, daß vorzüglich solche Begriffe einander (wechselseitig) sehr erläutern, die mehr oder weniger gleichartig sind, was insbesondere auch in Beziehung auf die Begriffe über den Raub und den Diebstahl, wie es sich aus unserer Erörterung ergibt, der Fall ist.

IV.

Ueber die Amtshandlung der Gerichtsbehörden bey fideicommissarischen Substitutionen.

Vom

Herrn Leopold Staudinger,

k. k. nieder-österr. Landrathe.

Die Betrachtung, daß in Ansehung der fideicommissarischen Substitutionen, welche in den letztwilligen Anordnungen häufig vorkommen, keine so speziellen, bestimmten Vorschriften für das Verfahren der Gerichtsbehörden bestehen, wie dieß in Ansehung der Fideicommisse, mit denen sie auffallende Aehnlichkeit haben, der Fall ist, und die durch mehrjährige Praxis gemachte Erfahrung, daß bey der Behandlung fideicommissarischer Substitutionen in vielen Punkten sehr verschiedene Ansichten geltend gemacht werden, hat den Gefertigten veranlaßt, einige Fragen, welche in der Praxis öfter zur Sprache kommen, und deren Entscheidungen für die Theilnehmer wichtige Folgen haben, zu erörtern, und das Resultat seines Nachforschens dem Urtheile der geneigten Leser dieser Zeitschrift zu unterziehen.

Durchdrungen von der Ueberzeugung, daß dieser Gegenstand mannigfaltiges Interesse darbiethet, welcher dadurch noch reichhaltigeren Stoff erhält, weil die Errichtung der eigentlichen Fideicommisse in der neuern Zeit erschwert wird, und eben dadurch viele Familienväter bewogen werden, zum Besten ihrer nächsten Angehörigen Substitutionen anzuordnen;

wohl einsehend, daß diese Materie, wenn sie auch nur nach dem gegenwärtig in Oesterreich bestehenden Gesetzen geprüft wird, noch mehrere Momente einer Controverse darbiethet, habe ich dennoch erachtet, daß, wenn die Grundsätze über nachstehende Fragepunkte festgestellt sind, die Beantwortung der übrigen Punkte sich leichter ergeben dürfte. Bey diesem meinem Versuche habe ich folgende Fragen gewählt:

A.) Hat die an die nieder-österr. Regierung in Justizsachen am 9. December 1750 erlassene höchste Verordnung noch gegenwärtig verbindliche Kraft?

B.) Steht der Substitutions-Behörde oder der Personalinstanz Desjenigen, durch dessen Tod eine Devolution sich ereignet, das Recht zu, in einem solchen Veränderungsfalle die neuerliche Abhandlung zu pflegen?

C.) Was hat die Substitutions-Behörde zu verfügen, damit die in dem §. 612 des a. b. G. B. angeordnete Einschränkung der fideicommissarischen Substitution nicht überschritten werde?

D.) Kann eine fideicommissarische Substitution, ehe sie erlischt, mit Einwilligung sämmtlicher Theilnehmer aufgehoben werden?

E.) Sind bey fideicommissarischen Substitutionen Verschuldungen des Vermögens gegen Depurations-Leistungen gestattet?

F.) Ist unter dem Ausdrucke Pflichttheilsübermaß die Substanz des Substitutions-Vermögens oder nur ein numerischer Betrag rücksichtlich einer Forderung zu verstehen?

G.) Erwerben die nachberufenen Erben durch die grundbüchliche Eintragung des Testaments-Paragraphes, welcher die fideicommissarische Substitution anordnet, auf die Verlassenschafts-Realität auch dann ein dingliches Recht,

wenn der Fiduciar=Erbe um die Realität vergewährt wird?

Nach Bezeichnung dieser Fragepunkte erlaube ich mir noch, die Erinnerung vorauszuschicken, daß die Amtshandlung der Gerichtsbehörden bey Fideicommissen und fideicommissarischen Substitutionen als ein fortlaufendes Geschäft zu betrachten ist, bey welchem die richtige Beurtheilung von dem Sinne des Testamentes und der dadurch begründeten Rechtsverhältnisse und die dem gemäß von dem Gerichte getroffene erste Einleitung eine besondere Sorgfalt erheischt, um die Theilnehmer nicht einer Gefährde bloßzustellen, und den Uebelstand zu beseitigen, daß nicht nach einer Reihe von Jahren Nachberufene über frühere Verfügungen Beschwerde führen oder gar in Rechtsstreite verwickelt werden.

A. Hat die an die nieder=österr. Regierung in Justizsachen am 9. December 1750 erlassene höchste Verordnung noch gegenwärtig verbindliche Kraft?

Ad 1.) Ich habe bereits in dieser Zeitschrift (Jahrgang 1831, 1. Bd.) einen Versuch gemacht, zu beweisen, daß und in welchen Fällen ein mit der fideicommissarischen Substitution behaftetes Vermögen einer neuerlichen Abhandlung zu unterziehen sey. In jenem Aufsatze habe ich mich zur Ver theidigung meiner Ansicht auf die Allerhöchste Resolution vom 9. December 1750, deren wörtlicher Inhalt daselbst aufgenommen wurde, und welche nachzulesen ich die geneigten Leser bitte, berufen; dagegen hat der hochgeschätzte Herr Magistratsrath Franz Johann Kopetzky in einem spätern Aufsatze (Jahrgang 1833, 1. Bd. dieser Zeitschrift) behauptet, daß in den Devolutions=Fällen bey der Uebergabe des Vermögens an die nachberufenen Erben zwar das Einschreiten der Gerichtsbehörde erforderlich sey, daß aber keineswegs eine förmliche nochmahlige Abhandlung, verbunden mit einer Abnahme von Gebühren, statt zu finden habe. In diesem letztern Aufsatze

werden insbesondere in dem §. 21 auf der Seite 284 u. s. f. Bedenken gegen die derzeitige Anwendung dieser Allerhöchsten Verordnung, welche damahls an die k. k. n. ö. Landesregierung im Justizsache erlassen wurde, erhoben. Wiewohl ich weit entfernt bin, alle Argumentationen pro und contra zu erneuern, so halte ich es dennoch für die Praxis wichtig, in Berathung zu ziehen, ob diese Hofentschließung noch als Norm des Verfahrens angesehen werden könne. Die Bedenken, welche im ersterwähnten Aufsatze dagegen gemacht wurden, bestehen darin, daß 1.) diese Verordnung in keiner authentischen Gesetzsammlung aufzufinden sey, und daher aus Abgang der öffentlichen Kundmachung keine allgemein verbindliche Kraft zu haben scheine, und daß 2.) diese Verordnung nur eigentliche Fideicommisse, keineswegs aber fideicommissarische Substitutionen zum Gegenstande habe. Die letztere Behauptung wird insbesondere auf der Seite 290 als eine Gewißheit ausgesprochen, und sie wird vorzüglich damit begründet, daß veraltete Normen auf später ausgebildete Rechtsinstitute nicht bezogen werden können, daß in den ältesten österreichischen Gesetzen bis zum Jahre 1770 keine Spur von einer fideicommissarischen Substitution sich auffinden lasse, daß die Errichtung von fideicommissarischen Substitutionen im Sinne des römischen Rechtes in Oesterreich früher nicht üblich waren, und daß daher der in obiger Verordnung gebrauchte Ausdruck, wie es in successionibus fideicommissariis zu halten sey, nicht auf die erst später in praxi vorgekommenen fideicommissarischen Substitutionen, sondern nur auf eigentliche Fideicommisse bezogen werden könne.

Ad 1.) Muß ich erinnern, daß den an die Behörden ertheilten Normalvorschriften, wenn sie auch nicht in Druck gelegt wurden, die verbindliche Kraft nicht abgesprochen werden könne, und daß die unterlassene Aufnahme einer solchen Normalvorschrift in die Gesetzsammlung nicht den Beweis liefere, daß die Allerhöchste Verordnung, auf welche sich ein solches Normale gründet, außer Wirksamkeit gesetzt worden sey; denn

es liegt in der Pflicht einer jeden Stelle, eine von ihrer vorgesetzten Behörde ihr bekannt gemachte allgemeine höchste Normalverordnung in ähnlichen Fällen so lange zu beobachten, bis nicht die Aufhebung oder die theilweise Abänderung einer solchen Verordnung, der betreffenden Stelle insbesondere oder durch ein späteres allgemeines Gesetz, kundgemacht worden ist. So wird z. B. Niemand behaupten, daß der Hofbescheid vom 22. April 1748 in Betreff des dem Wechselgläubiger eingeräumten Vorrechtes, welcher Pfänder in Händen hat, oder durch die wirklich geführte Sperre das pignus praetorium an Mobilien vor ausgebrochenem Concurs überkommen hat, die Kraft eines Gesetzes aus dem Grunde verloren habe, weil er nicht in die Gesetzsammlung aufgenommen wurde. In diesem Hofbescheide heißt es ausdrücklich, daß diese Resolution pro norma zu gelten habe, sie wird von den Commentatoren des Wechselrechtes citirt, und in praxi immer angewendet.

Was insbesondere die oberwähnte Verordnung vom 9. December 1750 anbelangt, so wurde bey Entscheidung eines Hof-Recurses, welcher die Gebührenbemessung bey der Abhandlung einer Verlassenschaft zum Gegenstande hatte, von dem obersten Gerichtshofe mittelst höchsten Decrets von 3. July 1795 dem hohen k. k. nieder-österr. Appellations-Gerichte aufgetragen, das k. k. nieder-österr. Landrecht anzuweisen, sich obgedachte höchste Entschließung vom 9. December 1750 in künftigen Fällen gegenwärtig zu halten, und demgemäß wurde eine Abschrift derselben mittelst hohen Appellations-Decretes vom 10. July 1795 dem k. k. nieder-österr Landrechte zum künftigen Benehmen mitgetheilt; auch befindet sich in den Normalienbüchern des wiener Magistrats eine Abschrift dieser Verordnung; dagegen läßt sich nicht nachweisen, daß dieses Normale seither aufgehoben oder abgeändert wurde, es kann daher nicht befremden, wenn die Gerichtsbehörden bey Entscheidung solcher Fälle diese Verordnung zur Grundlage nehmen.

Ad 2.) Der Fall, welcher die Mittheilung dieser Normalvorschrift veranlaßte, widerlegt am deutlichsten die gegen-

theilige Behauptung, daß diese Verordnung nur eigentliche Fideicommisse zum Gegenstande habe, denn es handelte sich in jenem Recursfalle gar nicht um ein Fideicommiß, die Anordnung des Erblassers in seinem Testamente dd. 3. April 1788 lautete dahin: „Es wird anmit mein Sohn W. meines sämmtlichen wo und worinnen immer bestehen mögenden Vermögens, welches nach Abzug der seiner Schwester Th. dermahlen von Rechtswegen gebührenden Legitima, und nach Abschlag aller Passivschulden, dann Legaten, und was in Ansehung der Legate zu zahlen seyn dürfte, übrig bleibt, Universalerbe quoad usum fructum ad dies vitae benannt und eingesetzt, quoad proprietatem aber instituire ich seine bey meinem Absterben am Leben befindlichen Kinder, respective meine Enkel und Enkelinnen." Der oberste Gerichtshof entschied über oberwähnte Beschwerde, daß hier der in der Hof-Resolution vom 9. December 1750 bezeichnete Fall, wenn ein Erbe im Eigenthume und ein Anderer zum Fruchtgenusse eingesetzt ist, vorhanden sey, und da bey dieser Gelegenheit ersterwähntes Normale der untern Behörde zur Richtschnur ihres künftigen Benehmens mitgetheilt wurde, so folgt unverkennbar, daß, wenn diese Verordnung nur das Verfahren der Gerichtsbehörden bey eigentlichen Fideicommissen bestimmt haben würde, keine Veranlassung zur Ertheilung einer Vorschrift bey Gelegenheit eines Falles, wo von einem Fideicommisse gar keine Rede war, obgewaltet hätte; im Gegentheile läßt sich hieraus mit Bestimmtheit entnehmen, daß diese Verordnung auf fideicommissarische Substitutionen ihr Augenmerk gerichtet habe. Uebrigens füge ich in Ansehung des damahligen Geschäftsganges die Erinnerung bey, daß der nach oberwähntem Testamente eingesetzte Erbe zuerst seine Beschwerde an das hohe k. k. nieder-österr. Appellationsgericht ergriffen habe, daß ihm jedoch mit hohem Bescheid vom 27. Juny 1794 be-

deutet wurde, er habe sich mit der gegen das ihm aufgerechnete Mortuar gerichteten Beschwerde an die politische Behörde zu verwenden, und daß das höchste Hofdecret vom 3. July 1795, durch welches dieser Gegenstand entschieden wurde und rücksichtlich obige höchste Entschließung vom 9. December 1750 zur Belehrung und Darnachachtung in künftigen Fällen herablangte, über eine von dem k. k. Directorium in camerali et politicis an die k. k. oberste Justizstelle mitgetheilten Beschwerde dieses Erben erlassen wurde. Was ferner die gegentheilige Bemerkung anbelangt, daß sich in den ältesten österreichischen Gesetzen bis zum Jahre 1770 keine Spur von einer fideicommissarischen Substitution auffinden lasse, so ist zwischen Handlungen der Staatsbürger, durch welche bestimmte Rechtsverhältnisse begründet werden wollen, und zwischen Gesetzen, welche über die Rechtsgültigkeit dieser Handlungen einen Ausspruch ertheilen, wohl zu unterscheiden. Jene Bemerkung kann doch nicht zu der Folgerung verleiten, als wären in Oesterreich bis zum Jahre 1770 keine fideicommissarische Substitutionen in der Art, wie sie der §. 608 des a. b. G. B. bezeichnet, errichtet worden. Könnte dieser letzte Umstand bewiesen werden, dann könnte freylich mit Grund eingewendet werden, daß die Gesetzgebung bey der höchsten Entschließung vom 9. December 1750 für ein Rechtsinstitut, welches damahls gar nicht in der Wirklichkeit bestand, keine Vorschrift ertheilen könnte; allein, daß vor dem Jahre 1770 fideicommissarische Substitutionen, so wie es heut zu Tage geschieht, in Oesterreich und besonders in Wien nicht selten errichtet wurden, läßt sich nicht läugnen; auch wird durch die Aeußerung des Herrn Magistratsrathes Kopetzky, daß veraltete Normen auf später ausgebildete Rechtsinstitute nicht bezogen werden können, eigentlich nur ausgesprochen, daß die Ausbildung der Substitution, oder vielmehr eine gesetzliche Bestimmung des Begriffes derselben mit einer Abweichung von dem römischen Rechte später vorgenommen wurde; übrigens habe ich in praxi schon Testamente aufgefunden, laut welchen vor

hundert Jahren von den Erblassern fideicommissarische Substitutionen angeordnet und seither von den Gerichtsbehörden aufrecht erhalten wurden; welches allerdings statt zu finden hatte, weil die Beschränkung der Substitutionen auf Grade damahls nicht bestand. Es läßt sich auch nicht wohl annehmen, daß erst seit dem Jahre 1770 oder gar erst seit der Erscheinung des a. b. G. B. die Unterthanen der österreichischen Monarchie die Absicht, eine fideicommissarische Substitution nach dem im §. 608 des a. b. G. B. bezeichneten Begriffe zu errichten, durch ihre Testamente beurkundet haben sollten. Sind nun fideicommissarische Substitutionen in Oesterreich schon vor dem Jahre 1770 angeordnet worden, so entscheidet der Umstand, daß erst seit diesem Zeitpunkte einige spezielle Verordnungen in Ansehung dieses Instituts erlassen wurden, in obiger Streitfrage gar nichts; sondern es muß angenommen werden, daß, wenn die fideicommissarischen Substitutionen in praxi schon früher vorhanden waren, bey dem Mangel besonderer Gesetze nach der Analogie Amt gehandelt wurde, woraus unmittelbar folgt, daß fideicommissarische Substitutionen damahls insbesondere in Bezug auf die Abhandlungspflege und auf die Entrichtung der damit verbundenen Gebühren wie Fideicommisse behandelt wurden.

Dieser Ansicht führt der geehrte Verfasser des obigen Gegenaufsatzes selbst durchaus das Wort, indem er die treffende Bemerkung macht, es seyen Fideicommisse nur fortgesetzte fideicommissarische Substitutionen. Was endlich die durch die spätere Gesetzgebung bewirkte Ausbildung dieses Rechtsinstitutes anbelangt, so besteht nach meinem Erachten das Wesentliche nur darin, daß die Gültigkeit der Substitution auf einige Grade beschränkt wurde; allein es erschien keine positive Anordnung, welche bey der auffallenden Aehnlichkeit der Fideicommisse mit den fideicommissarischen Substitutionen das richterliche Verfahren im Geschäftszweige der Uebergabe des Vermögens an die Nachberufenen abgeändert hätte; es läßt sich auch, wenn man die auffallende Aehnlichkeit der durch

fideicommissarische Substitutionen und der durch Fideicommisse gegründeten Rechtsverhältnisse festhält, und wenn man den Nachtheil, welchen der Nachfolger im Besitze eines eigentlichen Fideicommisses durch die seinen Vorfahren bewilligten Onerirungen und durch die ihm obliegende Zahlung rückständiger Depurationsraten oft zu erleiden hat, mit praktischem Blicke verfolgt, nicht verkennen, daß der substituirte Erbe keine gegründete Ursache habe, wegen Entrichtung der Abhandlungsgebühren bey der an ihn erfolgten Einantwortung über eine Unbilligkeit zu klagen, indem er nämlich verhältnißmäßig mindere Lasten trägt, als der Nachfolger im Besitze eines eigentlichen Fideicommisses, auf welchen eine Depurationslast haftet. So lange daher Fideicommisse abgehandelt werden, erscheint es nur folgerecht, daß auch das fideicommissarische Substitutions-Vermögen abgehandelt wird.

Durch diese Erörterung dürfte ich demnach bewiesen haben, daß die höchste Entschließung von 9. December 1750 noch derzeit gesetzliche Kraft hat, und daß bey der Beurtheilung der Frage, wann ein mit einer fideicommissarischen Substitution behaftetes Vermögen einer neuerlichen Abhandlung zu unterziehen sey, nach dieser Normalvorschrift allerdings vorzugehen ist, und ich glaube nur noch anzuführen, daß mehrere seit dem Jahre 1831 erfolgte hohe appellatorische Entscheidungen in derley Recursfällen diese Ansicht bestätigt haben.

B. Steht der Substitutions-Behörde, oder der Personalinstanz Desjenigen, durch dessen Tod eine Devolution sich ereignet, das Recht zu, in einem solchen Veränderungsfalle die neuerliche Abhandlung zu pflegen?

Unter der Substitutions-Behörde wird jene Behörde verstanden, welche die Abhandlung über den Nachlaß des Erblassers gepflogen hat, der in seiner letztwilligen Anordnung eine Substitution errichtete, und welche die zum Schutze des Substitutions-Bandes erforderliche Aufträge ertheilt. Diese Behörde

trifft gewöhnlich die Maßregel, daß das durch die Substitution gebundene Vermögen des Erblassers von dem freyvererblichen, nach einem vorläufig genehmigten Ausweise mit Zustimmung des bestellten Substitutions-Curators ausgeschieden, nach dem Willen des Testators oder in Ermanglung einer bestimmten dießfälligen Disposition auf die gesetzlich für Pupillen vorgeschriebene Weise fruchtbringend angelegt, die hierauf Bezug nehmenden Urkunden gerichtlich aufbewahrt, und daß sohin der die Substitution betreffende Absatz des Testamentes oder des Codicils depositenämtlich vorgemerkt oder nach Umständen landtäflich oder grundbüchlich einverleibt werde. Daß diese Amtshandlungen der Personalinstanz des Testators, rücksichtlich der Abhandlungsinstanz seines Nachlassers, zustehen, unterliegt nach dem §. 20 der Jurisdictionsnorm für Niederösterreich dd. 27. September 1783, womit auch die für die übrigen Provinzen erlassenen Jurisdictionsnormen übereinstimmen, keinem Zweifel, und ist auch in dem §. 817 des a. b. G. B. gegründet, indem der Erbe verpflichtet ist, gegen das Gericht, welches die Einantwortung des Nachlasses zu verordnen hat, sich auszuweisen, daß er den Willen des Erblassers bestmöglichst erfüllte, oder die Erfüllung desselben sicherstellte, und indem die Abhandlungsinstanzen ausdrücklich angewiesen sind, auf die Vollziehung des letzten Willens sorgfältig zu wachen. Daß die Substitutions-Behörde auch nach der Bewilligung der Einantwortung der Verlassenschaft an den Erben, welche nach dem §. 613 des a. b. G. B. für ihn nur die Zuerkennung eines eingeschränkten Eigenthumsrechtes mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers enthält, bis zur Erlöschung des Substitutions-Bandes die gleiche Obsorge fortzusetzen hat, und daß die Aufbewahrung eines durch die fideicommissarische Substitution gebundenen Legates bey derselben Abhandlungsinstanz, so lange das Substitutions-Band haftet, gleichfalls statt zu finden hat, dürfte auf dem Grunde beruhen, weil so lange noch ein berufener Nacherbe oder Legator vorhanden ist, die letztwillige Anordnung des

Erblassers nicht vollständig vollzogen erscheint, und weil zu dem Begriffe der Wachung auf diese Anordnnng auch wesentlich die Beurtheilung gehört, wann der Substitutions-Fall als erloschen anzusehen sey, und wann daher und an wem die frey-eigenthümliche Uebergabe des Vermögens erfolgen könne. Für diese Ansicht dürfte auch die Analogie des gesetzlichen Wirkungskreises einer Vormundschaft- oder Curatels-Behörde sprechen, welche gleichfalls, so lange der Pflegebefohlene nicht die Selbstständigkeit erlangt, für die Sicherstellung und Verwaltung seines Vermögens zu haften haben. Steht aber diese Obsorge und insbesondere die Prüfung, an wen ein Substitutions-Vermögen übergeben werden könne, der Substitutions-Behörde zu, so scheint auch die Entscheidung der Frage, wer in die fideicommissarische Nutznießung einzutreten habe, mithin auch die Erlassung des Abhandlungsbescheides, durch welchen von dem Gerichte eben der Ausspruch des rechtmäßigen Nachfolgers im Besitze dieses Vermögens geschieht, in den Wirkungskreis der Substitutions-Behörde zu gehören. Es ist zwar allerdings richtig, daß die Jurisdictions-Normen von einer Substitutions-Behörde und von einer Verlassenschafts-Abhandlung des Substitutions-Vermögens durch dieselbe keine Erwähnung machen, allein es dürfte diese Meinung in dem innigen Zusammenhange der obigen Amtshandlung und in der Betrachtung gegründet seyn, daß für den Fall, als z. B. ein Substitutions-Vermögen mehrmahls abzuhandeln wäre, und die fideicommissarischen Nachfolger nach ihrer persönlichen Eigenschaft verschiedenen Gerichtsbehörden unterstünden, zwey Personalinstanzen der fideicommissarischen Nachfolger, mithin mit Einschluß der Substitutions-Behörde, welche die ursprüngliche Verlassenschafts-Abhandlung pflog, oft drey verschiedene Gerichtsbehörden erster Instanz den Vollzug des letzten Willens des Testators zu überwachen hätten, welches Verfahren dem Sinne der Jurisdictions-Norm und dem Bestreben der Gesetzgebung, die Gerichtsbarkeit zu vereinfachen, entgegen wäre. Für diese Ansicht spricht auch die in der ganzen Materie

obwaltende Analogie mit den Fideicommissen; die Fideicommiß-Behörde hat ohne Rücksicht, welcher Personalinstanz der Nachfolger im Fideicommisse untersteht, das Fideicommiß-Vermögen abzuhandeln (Gerichtsinstruction vom 9. September 1785 II. Abth. §. 43 lit. b), Hofdecret vom 13. December 1799, Nr. 489, und Hofdecret vom 10. May 1785 lit. c), laut welcher letzter Verordnung das Fideicommiß-Vermögen auch dann, wenn der letzte Besitzer zum Militärkörper gehörte, von der Fideicommiß-Behörde abzuhandeln ist.

Man wendet zwar dagegen ein, daß bey dieser Annahme eine Substitutions-Behörde in dem Falle, als der nachberufene Erbe z. B. ein Militärist, ein Geistlicher oder ein Adeliger ist, und wenn nach dessen Tode das Substitutions-Vermögen abzuhandeln kömmt, in den Wirkungskreis der privilegirten Gerichtsbehörde eingreifen würde; allein dagegen kömmt zu erinnern, daß bey der Abhandlung eines Substitutions-Vermögens, welche aus Veranlassung des Todes einer Person, die einer privilegirten Gerichtsbarkeit untersteht, gepflogen wird, die Substitutions-Behörde nur in Bezug auf den letzten Willen des unter ihrer Jurisdiction Verstorbenen, der die fideicommissarische Substitution anordnete, Amt handelt, mithin nur den Act der ursprünglichen Abhandlungspflege, welcher ihr unbezweifelt zustand, fortsetzt. Es wird daher in einem solchen Falle das z. B. von einem Adeligen zurückgelassene Vermögen, welches nicht zur Substitutions-Masse gehört, mit Einschluß der bis zu seinem Tode aufgelaufenen und von ihm nicht bezogenen Früchte des Substitutions-Vermögens von seiner Personalinstanz, das Substitutions-Vermögen aber von der Substitutions-Behörde abzuhandeln seyn.

Viele Praktiker meinen ferner, daß die Obsorge über das Substitutions-Vermögen und mithin auch die nach Umständen vorkommende nochmahlige Abhandlung desselben, in dem Falle nicht in den Wirkungskreis der Substitutions-Behörde gehöre, wenn der Testator eine Substitution in der Art er-

richtete, daß die minderjährigen Enkel desselben und deren Nachkommen zur Nachfolge berufen wurden, und wenn diese Enkel Pupillen oder Curanden einer andern Gerichtsstelle sind. In diesem Falle hätte die Abhandlungsinstanz des Testators nichts anders zu thun, als das Substitutions-Vermögen sammt einer beglaubten Abschrift der letztwilligen Anordnung des Erblassers mit dem Ersuchen an die Pupillar- oder Curatels-Instanz zu übersenden, daß sie in Ansehung der angeordneten Substitution auf die Erfüllung des letzten Willens und rücksichtlich auf die Rechte der Theilnehmer wachen soll; dieser Meinung kann ich jedoch nicht beystimmen, denn hierdurch würde der Pupillarbehörde das Recht eingeräumt, seiner Zeit auszusprechen, daß die Substitution erloschen sey, es würde der Substitutions-Behörde alle Aufsicht über das unter ihrer Obhuth stehende Vermögen und über die Verwaltung desselben entzogen, und der ganze Vorgang würde als eine Uebertragung der Gerichtsbarkeit (delegatio) erscheinen, welche jedoch nur von dem hohen Obergerichte und nach Umständen von dem obersten Gerichtshofe, wenn ein hinreichender Grund der Delegation nachgewiesen wird, bewilligt werden kann.

Ich theile demnach die Ansicht, daß nur der Substitutions-Behörde das Recht zusteht, alle zur Sicherstellung des Substitutions-Vermögens zweckdienlichen Vorkehrungen einzuleiten und zu überwachen, und in Devolutions-Fällen dieses Vermögen abzuhandeln. Nur dürfte noch folgende praktische Erinnerung hier an ihrem Platze stehen. Nicht selten geschieht es, daß in Testamenten minderjährige Söhne oder Enkel des Erblassers zu Fiduciar-Erben eingesetzt werden, ohne daß von einer Ausscheidung ihres Pflichttheiles in dem Testamente Erwähnung geschieht; da nun nach §. 774 des a. b. G. B. der Pflichttheil dem Erben ganz frey zu bleiben hat, jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ungültig ist, und eine solche Bedingung, wenn auch dem Notherben ein größerer Erbtheil zugedacht wird, nur auf den Theil, welcher den Pflichttheil übersteigt, bezogen werden darf, so hat

dieß zur Folge, daß der fideicommissarischen Substitution nur in Ansehung des Pflichttheilsübermaßes, d. i. desjenigen Vermögens, welches nach Ausscheidung der den Pflichttheil bildenden Masse erübrigt, statt gegeben wird, und daß in dem Falle, als die minderjährigen Fiduciar Erben einem andern Gerichte, als der Substitutions-Behörde unterstehen, der Pflichttheilsbetrag an ihre Vormundschafts- und Curatels-Behörde übersendet, und insoferne, als die Substitution sich auf ein unbewegliches Gut erstreckt, der auf den Pflichttheil verhältnißmäßig entfallende Betrag auf diesem Gute durch Einverleibung sichergestellt und rücksichtlich der Pflichttheilsbetrag zugeschrieben werde, wobey jedoch immer die Zustimmung der Vormundschafts-Behörde abverlangt wird, weil sie die Bemessung und Zuweisung des Pflichttheils zu prüfen hat.

Dieses Verfahren finde ich zweckmäßig, und insbesondere dem §. 227 des a. b. G. B. entsprechend, denn der Pflichttheil erscheint im gegebenen Falle wie ein anderes Activum, das der Obsorge der Vormundschafts-Behörde unterliegt, und es wird hierdurch auch nicht dem oberwähnten Grundsatze, daß nicht mehrere Gerichts-Behörden die Verwaltung desselben Vermögens überwachen sollen, entgegen gehandelt, indem eben durch diese vorläufige Absonderung nur das reine Substitutions-Vermögen bey der Substitutions-Behörde zurückbleibt, und die Pupillar-Behörde nur in Ansehung der Verwendung der Interessen des Substitutions-Vermögens für die Pflegebefohlenen durch Ertheilung der erforderlichen Legitimationen Einfluß zu nehmen hat.

Daß bey obiger Absonderung des Pflichttheils von der Substitutions-Masse die Veräußerung einzelner Bestandtheile der Verlassenschaft, wie z. B. öffentliche Fonds-Obligationen, erforderlich sey, und daß, besonders, wenn die Pflichttheilnehmer und die ersten nachberufenen Erben dieselben Personen sind, und zum Verkaufe keine günstigen Umstände eintreten, auch hier die depositenämtliche Zuschreibung des Pflichttheiles und die Aufbewahrung des Gesammtvermögens bey der Sub-

stitutions=Behörde in solchen Fällen zweckmäßig sey, läßt sich nicht verkennen; allein ich erachte, daß dieser Vorgang nur mit Zustimmung der Pupillar=Instanz geschehen könne.

Was hat die Substitutions = Behörde zu verfügen, damit die in dem §. 612 des a. b. G. B. angewendete Einschränkung der fideicommissarischen Substitutionen nicht überschritten werde?

Die Gesetzgebung hat die Berechtigung der Erblasser, fideicommissarische Substitutionen zu errichten, nach den §§. 611 und 612 des a. b. G. B. dahin festgesetzt, daß:

„Erstens die Reihe, in welcher die fideicommissarischen Erben folgen sollen, wenn sie Alle Zeitgenossen des Erblassers sind, gar nicht beschränkt sey; daß

Zweytens die fideicommissarische Substitution, wenn die Nachberufenen nicht Zeitgenossen, sondern solche Nacherben sind, die zur Zeit des errichteten Testamentes noch nicht geboren sind, sich in Rücksicht auf Geldsummen und andere bewegliche Sachen bis auf den zweyten Grad, in Ansehung der unbeweglichen Güter aber nur auf den ersten Grad zu erstrecken habe, und daß bey der Bestimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählt werde, welcher zum Besitze der Erbschaft gelangt ist."

Wenn nach Obigem angenommen wird, daß der Substitutions=Behörde obliegt, für die Erhaltung des vinculirten Vermögens und für die Uebergabe desselben an den berechtigten Theilnehmer zu wachen, so muß sie auch verpflichtet seyn, Sorge zu tragen, damit die in dem §. 612 des a. b. G. B. enthaltene Beschränkung der Substitutionen nicht überschritten werde, und da nach diesem Paragraphe jener Nacherbe gezählt wird, welcher zum Besitze der Erbschaft gelangte, so ergibt sich auch aus dieser Anordnung des Gesetzes das Zweckmäßige des Verfahrens, wenn die Uebergabe in den Besitz der Erbschaft von einem auf den andern Nacherben durch die

nämliche Gerichtsbehörde vorgenommen wird, indem diese, bey welcher sich die Besitzveränderung aus ihren Voracten augenblicklich erheben lassen, am Schleunigsten die Ueberzeugung erhalten kann, wann die fideicommissarische Substitution mit Rücksicht auf obige Bestimmung der Grade aufzuhören habe.

Daß nun in dem Falle, wenn das Erlöschen des Substitutions-Bandes actenmäßig vorliegt, der Substitutions-Curator seiner Amtspflicht zu entheben und das freygewordene Vermögen dem Berechtigten zu erfolgen sey, unterliegt keinem Zweifel; nur frägt sich, ob bey der ersten Abhandlung einer Verlassenschaft, welche mit einer fideicommissarischen Substitution behaftet ist, nicht auf die gesetzliche Beschränkung der Grade Bedacht zu nehmen sey, und ob nicht in dem Falle, wenn der Erblasser in seiner letztwilligen Anordnung gegen die Vorschrift des §. 612 des a. b. G. B. eine Reihenfolge von Nacherben, die nicht seine Zeitgenossen waren, bestimmte, ein Vorsichtsmittel anzuwenden sey, damit nicht in der Folge das Substitutions-Vermögen auf die Grundlage des Testamentes Mehreren überantwortet wird, als nach obiger Bezeichnung der Grade gestattet ist, und damit nicht auf diese Weise die Absicht des Gesetzes, welche den freyen Verkehr eines Vermögens nicht durch eine zu geraume Zeit hemmen will, vereitelt werde?

Wird ein Testament kundgemacht, in welchen der Erblasser Personen, die nicht seine Zeitgenossen waren, z. B. die erst zu erzeugenden Kinder seiner vier Söhne nach einander substituirt hat, so läßt sich zwar mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß durch diese Anordnung die Beschränkung auf obige Grade überschritten werde; allein da der Umstand, welcher von den nachberufenen Erben wirklich zum Besitze des Vermögens gelangen werde, sich nur als ein ungewisses künftiges Ereigniß darstellt: so läßt sich über die Gültigkeit oder Ungültigkeit dieser Substitution vorhinein nicht absprechen; jedoch enthält der Buchstabe des Testaments eine gegen das Gesetz lautende Anordnung, welche der Richter nicht unbedingt anerkennen kann; ich bin daher der Meinung, daß in allen Fällen,

wo nach dem Wortlaute des Testamentes eine über die erlaubten Grade sich erstreckende fideicommissarische Substitution von dem Erblasser ausgedrückt wurde, bey der Auszeichung des Substitutions-Bandes in den Depositen-Büchern; oder insoferne das Vermögen in unbeweglichen Gütern besteht, in der Landtafel oder in dem Grundbuche die Clausel beygefügt werde: „insoferne dieser letztwilligen Anordnung nicht die im §. 612 des a. b. G. B. bestimmte Einschränkung der fideicommissarischen Substitutionen auf Grade entgegensteht.“ Die Einschaltung einer solchen Anmerkung bey der Eintragung des Substitutions-Bandes erachte ich durch folgende Gründe rechtfertigen zu können.

1.) Wird dadurch das Rechtsverhältniß evident gehalten, es wird der jeweilige Besitzer des Substitutions-Vermögens, dessen Nachfolger, wie auch die Substitutions-Behörde selbst zur Richtschnur bey künftigen Devolutions-Fällen darauf aufmerksam gemacht, daß die von dem Erblasser angeordnete Substitution, so wie sie lautet, einem gesetzlichen Bedenken unterliege.

2.) Geschieht durch obigen Beysatz kein anderer Ausspruch, als welcher in dem §. 612 des a. b. G. B. gegründet ist.

3.) Werden Vorbehalte, die das Gesetz klar ausspricht, auch in andern Fällen der Auszeichnung einer depositenämtlichen oder grundbüchlichen Sicherstellung in die Bescheide und in die öffentlichen Bücher ausdrücklich aufgenommen, wie z. B. der in dem §. 822 des a. b. G. B. bezeichnete Vorbehalt bey der Sicherstellung der Gläubiger eines Erben auf ein dem Letzten angefallenes Erbgut.

Gegen obigen Antrag könnte man zwar einwenden, daß in vielen Fällen ein solches Vorsichtsmittel der Substitutions-Behörde nicht nothwendig sey, weil, wenn die Substitution nach dem Gesetze erloschen ist, derjenige, der zum freyen Bezuge des Vermögens zu gelangen hat, ohnehin sein Recht geltend machen werde; allein dagegen glaube ich zu erinnern, dem nicht juridischen Publikum könne eine genaue Kenntniß

von dem Gesetze, und insbesondere von der Wirkung des §. 612 nicht zugemuthet werden, und der Nichtjurist kann eben dadurch, daß die Abhandlungsinstanz ein Testament, welches eine Substitution gegen den §. 612 anordnet, nicht beanständete, zu der Meinung verleitet werden, es müsse dieses vom Gerichte anerkannte Testament seinem vollen Umfange nach vollzogen werden.

Uebrigens dürfte es bey dieser Gelegenheit Interesse haben, die Frage zu untersuchen, warum die Gesetzgebung in dem §. 612 als Nichtzeitgenossen des Erblassers diejenigen Personen erklärte, welche zur Zeit des von ihm errichteten Testaments noch nicht geboren sind, und nicht jene Personen, welche bey dem Ableben des Erblassers noch nicht geboren waren, da doch jene Personen, welche zwischen dem Zeitpunkte der Errichtung des Testamentes und jenem des Todes des Erblassers geboren wurden, im strengsten Sinne auch als seine Zeitgenossen anzusehen sind, indem nach dem gemeinen Sprachgebrauche, wie auch nach Adelung, unter einem Zeitgenossen diejenige Person verstanden wird, welche mit einer andern zu einer und derselben Zeit lebt (ein Zeitverwandter).

Es läßt sich auch aus andern Stellen des a. b. G. B., wie insbesondere aus dem §. 681 nachweisen, daß die Gesetzgebung den Unterschied zwischen dem Zeitpunkte der Errichtung des Testamentes, und jenem des Todes des Erblassers wohl berücksichtigt habe; denn ersterwähnter Paragraph lautet dahin, „wenn der Erblasser seine eigenen Kinder bedenkt, so werden auch die an deren Stelle tretenden Nachkömmlinge begriffen, welche bey dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren.“

Der Grund, warum der gewöhnliche Begriff von Zeitgenossen in dem §. 612 auf den Zeitpunkt des errichteten Testaments beschränkt wurde, scheint mir nur darin zu liegen, um die Wirkung des §. 612 in Ansehung der bestimmten Grade noch öfters zu erzielen, und durch die Anwendung dieses von

dem Gesetze aufgestellten Begriffes eines Zeitgenossen, das gebundene Vermögen schleuniger frey zu machen, wozu sich noch der Umstand gesellt, daß, wenn nur einer der Nacherben zur Zeit der Errichtung des Testaments noch nicht geboren war, eine fideicommissarische Substitution ohne Beschränkung nicht mehr aufrecht erhalten werden darf, da der §. 611 als Bedingung einer unbeschränkten Substitution festsetzt, daß alle Nacherben Zeitgenossen des Erblassers waren.

Diese Betrachtung gibt zu der Folgerung Veranlassung, daß die Substitutions-Behörde, um nach geschehener Publicirung des Testaments beurtheilen zu können, ob sich die Substitution bloß auf Zeitgenossen, oder ob sie sich auf Nichtzeitgenossen erstrecke, ob sie daher ursprünglich als gesetzlich unbeschränkt, oder auf Grade beschränkt zu gelten habe, die Beybringung der Taufscheine der nachberufenen Erben oder Legatare wesentlich nöthig habe, indem die Aufnahme der lebenden Nachberufenen in die Sperrsberichte nur den Beweis liefert, daß sie zur Zeit des Todes des Erblassers sich am Leben befanden, nicht aber, ob sie zur Zeit des errichteten Testaments schon geboren waren; ich muß zwar gestehen, daß mir in praxi ein Verfahren, wodurch die Taufscheine der fideicommissarischen Erben abverlangt wurden, nicht vorgekommen sey; allein, wenn erwogen wird, daß das a. b. G. B., in welchem diese Beschränkung auf Grade festgesetzt wurde, erst mit dem 1. Jänner 1812 verbindliche Kraft erhielt, und daß von den seither errichteten fideicommissarischen Substitutionen noch viele gesetzlich bestehen, so dürften die Gerichtsbehörden jene Nachweisung durch Taufscheine erst dann zu verlangen beabsichtigen, wenn sie auszusprechen haben, ob das Substitutions-Vermögen wirklich frey geworden ist; allein es läßt sich nach meinem Erachten nicht in Abrede stellen, daß, da bey Erbverhandlungen die ersten richterlichen Einleitungen die Grundlage zur zweckmäßigen Führung des Abhandlungsgeschäftes sowohl, als auch insbesondere zur Feststellung der durch die letztwilligen Anordnungen bestimmten Rechtsverhältnisse bil-

den, und da nach obiger Erörterung nur die vorgelegten Taufscheine der fideicommissarischen Erben den Beweis liefern, ob die Substitution nach dem §. 611 oder nach dem §. 612 zu beurtheilen sey, die Beybringung der Taufscheine sogleich, d. i. unmittelbar über die Sperrsrelation eines solchen Testators dem Zwecke gemäß von der Substitutions-Behörde begehrt werden könne. Zeigt sich durch die beygebrachten Taufscheine, daß alle in dem Testamente nachberufenen Erben oder Legatare Zeitgenossen des Erblassers waren; so hat das Gericht, weil in diesem Falle keine gesetzliche Beschränkung besteht, in dieser Beziehung nichts weiter vorzukehren; beweisen aber die Taufscheine, daß unter den fideicommissarischen Erben Nichtzeitgenossen des Testators sich befinden, so dürfte die oben vorgeschlagene Vormerkung aus obigen Gründen allerdings zweckmäßig seyn; übrigens wird mir gewiß jeder Praktiker beystimmen, daß es den Parteyen eine Erleichterung gewährt, wenn bey Zeiten solche Documente wie Taufscheine verlangt werden, als wenn das Gericht erst nach einem Zeitraume von mehreren Decennien, bis auf welche Zeit sich eine Substitution leicht erstrecken kann, auf Beybringung von derley Urkunden dringt.

D. Kann eine fideicommissarische Substitution, ehe sie erlischt, mit Einwilligung sämmtlicher Theilnehmer aufgehoben werden?

In den §§. 615, 616 und 617 d. a. b. G. B.[1]) sind die Fälle bezeichnet, in welchen die fideicommissarische Substitution erlischt; von der Aufhebung des Substitutions-Bandes durch ein zwischen allen Theilnehmern geschlossenes Uebereinkommen wird jedoch keine Erwähnung gemacht. Der §. 644

[1]) §. 615: „Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; die fideicommissarische, wenn Keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist; oder wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhört.“

des a. b. G. B. gestattet die Auflösung eines Fideicommisses, wenn keine zum Fideicommisse berufene Nachkommenschaft zu vermuthen ist; ordnet aber an, daß hierzu nebst der Einwilligung des Nutzungseigenthümers und aller Anwärter, die durch ein Edict vorzuladen sind, auch die Einvernehmung des Curators der Nachkommenschaft und die gerichtliche Bewilligung erfordert werde; die Vorschrift dieses Paragraphes kann aber auf die Aufhebung des Bandes einer fideicommissarischen Substitution nicht angewendet werden, weil jene sich auf die Vermuthung gründet, daß keine zum Fideicommisse berufene Nachkommenschaft vorhanden sey, bey dem oberwähnten Falle der Aufhebung des Substitutions-Bandes aber der Fiduciar-Erbe und alle nachberufenen Erben oder Legatare wirklich leben, und nur auf die Grundlage eines wechselseitigen Uebereinkommens das Substitutions-Band auflösen, und das Vermögen des Erblassers theilen wollen, wobey noch vorausgesetzt wird, daß sie selbstständig und erbfähig sind. Daß ein solcher Vertrag der Staatsverwaltung gegenüber keinem Anstande unterliege, kann wohl nicht bezweifelt werden, da dem Staate an dem freyen Verkehre des Vermögens hauptsächlich gelegen ist; es handelt sich daher nur darum, ob diese bedachten Personen berechtigt sind, gegen den ausgesprochenen Willen des Erblassers früher zu dem Bezuge des Vermögens und zwar nach den von ihnen gewählten Antheilen zu gelangen?

Es ist zwar allerdings richtig, daß durch die Zulassung eines solchen Uebereinkommens der Wille des Testators zum Theile vereitelt werde; allein, wenn erwogen wird, daß es je-

---

§. 616: „Insbesondere verliert die einem Sinnlosen gemachte fideicommissarische Substitution ihre Kraft, wenn bewiesen wird, daß er zur Zeit seiner letzten Anordnung bey voller Besonnenheit war, oder wenn ihm das Gericht wegen erlangten Verstandesgebrauch die freye Verwaltung des Vermögens eingeräumt hat.“

§. 617: „Die von einem Erblasser seinem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommen hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlassen hat.“

dem nachberufenen Erben freystehe, auf sein Recht ganz zu verzichten, in welchen Falle, d. i. wenn sämmtliche Nachberufene einwilligen, der Fiduciar-Erbe den unbeschränkten Besitz des Verlassenschafts-Vermögens erlangt, was doch auch nicht in der Absicht des Testators lag, und daß auch bey einer solchen Theilung keine andern Personen, als jene, die der Erblasser bedachte, dieses Vermögen erhalten, so dürften auch derley Uebereinkommen gestattet seyn; wobey jedoch nicht außer Acht gelassen werden darf, daß öfters in Testamenten Substitutionen vorkommen, welche den Familiengliedern zum Nachtheile gereichen, und daß in der Folge Umstände eintreten, welche die Theilung eines Substitutions-Vermögens für das Beste Sämmtlicher entsprechend darstellen. Daß übrigens zur Gültigkeit eines solchen Uebereinkommens in Ansehung des dabey einschreitenden Minderjährigen oder sonstigen Pflegbefohlnen die Genehmigung seiner Vormundschafts- oder Curatels-Behörde erheischt werde, ergibt sich von selbst. Daß endlich bey dem Vollzuge der Aufhebung einer fideicommissarischen Substitution und bey der Theilung des dießfälligen Vermögens keine Abhandlungsgebühren zu entrichten kommen, erhellt daraus, daß Abhandlungsgebühren nur dann zu bezahlen sind, wenn die Besitzveränderung des Todes wegen geschieht, hier aber der abgeschlossene Vertrag, dessen Paciscenten nicht auf den Todesfall verfügen, den Theilungsact begründet.

E. Sind bey fideicommissarischen Substitutionen, Verschuldungen des Vermögens gegen Depurations-Leistungen, wie bey Fideicommissen, gestattet?

Daß der Fiduciar-Erbe oder der substituirte Erbe für sich allein aus eigenem Rechte, so wie ein Fideicommiß-Besitzer, bey der Substitutions-Behörde eine Onerirung des Vermögens gegen jährliche Depurations-Leistung zu begehren, nicht berechtigt sey, scheint mir darin zu liegen, weil er

diese Berechtigung weder aus dem Testamente (vorausgesetzt, daß es eine gewöhnliche fideicommissarische Substitution anordnet), noch aus dem Gesetze herleiten kann, indem die Paragraphe 635 bis 643 des a. b. G. B. ausdrücklich nur von einer Verschuldung der eigenthümlichen Fideicommisse handeln, und weil zwischen ihm und dem Fideicommiß-Besitzer der Unterschied bestehet, daß er nach dem §. 613 des a. b. G. B. das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtgenusses hat, der Fideicommiß-Besitzer aber nach §. 629 Nutzungseigenthümer des Vermögens ist; wenn er aber auch für sich allein zu diesem Begehren nicht berechtiget ist, so kann nach meinem Dafürhalten eine Onerirung des Substitutions-Vermögens gegen Depurations-Leistungen in dem Falle allerdings bewilligt werden, wenn sämmtliche Theilnehmer, denen die freye Vermögensverwaltung zusteht, und insoferne sie beschränkt sind, wenn die Vertreter der Pflegebefohlenen mit Genehmigung der Vormundschafts- und Curatels-Behörden hierzu einwilligen, und zwar aus folgenden Gründen:

1.) Wäre es ein Widerspruch, die Aufhebung des Substitutions-Bandes unter der Zustimmung sämmtlicher Theilnehmer zu bewilligen, und die Onerirung unter derselben Voraussetzung zu versagen, durch welche doch das Substitutions-Vermögen, mit allfälliger Ausnahme einiger nicht geleisteten Depurations-Raten, aufrecht erhalten wird.

2.) Ist bey fideicommissarischen Substitutionen, wie bey Fideicommissen die Absicht des Testators dahin gerichtet, daß den im Substitutions-Bande begriffenen Personen durch das Substitutions-Vermögen ein Mittel zu ihrer bessern Existenz gereicht werde.

3.) Bey einer fideicommissarischen Substitution, in welcher Kinder und Enkel berufen sind, tritt noch die Vorschrift des §. 154 des a. b. G. B. ein, laut welcher, wenn die Aeltern in Dürftigkeit gerathen, die Kinder verpflichtet sind, ihre Aeltern anständig zu erhalten. Wollte man in diesen und

ähnlichen Fällen eine Verschuldung des Substitutions-Vermögens gegen Depurations-Leistung als gesetzwidrig verwerfen, so würde die wohlthätige Absicht des Testators nicht erfüllt, und oft der Familie Nachtheil zugefügt.

4.) Erstrecken sich zwar Fideicommisse, da sie für alle oder mehrere Geschlechtsnachfolger einer Familie bestimmt sind, auf einen längern Zeitraum; allein dennoch sind die Fälle äusserst selten, daß, wenn bey dem letzten Fideicommiß-Besitzer das Obereigenthum mit dem Nutzungseigenthume sich vereinigt, keine Depurationsraten im Rückstande haften.

Daß aber, wenn mit Zustimmung sämmtlicher Theilnehmer aus wichtigen Gründen eine Onerirung von der Substitutions-Behörde bewilligt wird, sowohl der Curator als das Gericht selbst auf die genaue Leistung der Depurationsraten zu wachen habe, ergibt sich aus der Analogie der über Fideicommisse bestehenden Vorschriften; auch müssen die obwaltenden Umstände zur Bestimmung der Depurations-Leistungen von der Substitutions-Behörde sorgfältig geprüft werden, weil das Gesetz, daß in zwanzig Jahren die Rückzahlung einer Fideicommiß-Schuld zu geschehen habe, nicht unbedingt für die Substitutions-Fälle angewendet werden kann. Ueberhaupt wäre eine gesetzliche Bestimmung über diesen Gegenstand besonders in der Beziehung wünschenswerth, ob nicht in dem Falle, wenn besondere Gründe für die Bewilligung einer solchen Onerirung sprechen, jedoch ein Theilnehmer seine Einwilligung verweigert, und mithin kein Vertrag zu Stande kömmt, ausnahmsweise dennoch das Gericht eine Genehmigung ertheilen dürfe; so lange aber ein Gesetz für einen solchen Ausnahmsfall nicht besteht, kann ohne Zustimmung sämmtlicher Theilnehmer die Unterstützung einem Einzelnen nicht gewährt werden, weil hierdurch über das Recht des Renittirenden verfügt würde, den Fall ausgenommen, wenn in Ansehung des Antheiles des Renittirenden eine besondere Sicherstellung geleistet würde.

F. Ist unter dem Ausdrucke Pflichttheilsübermaß die Substanz des Substitutions-Vermögens oder ein numerischer Betrag zu verstehen?

Diese Frage bezieht sich auf jene häufig vorkommenden Fälle, in welchen der Erblasser eine fideicommissarische Substitution errichtet, bey welcher seine Kinder entweder als Fiduciar-Erben oder als Substituten einschreiten, und wobey, wie ich bereits oben erinnerte, der Pflichttheil, da er durch eine Substitution nicht beschränkt werden darf, aus der Verlassenschafts-Masse auszuscheiden ist. Insbesondere wurde über diese Frage in einem im Jahre 1833 inrotulirten Rechtsstreite von drey Instanzen entschieden, bey welchem Rechtsstreite jedoch besondere faktische Umstände eintraten, so daß die Entscheidung dieses Prozesses, nach welcher den klagenden Pflichttheilnehmern, welche zugleich die substituirten Erben waren, nicht die mit der Substitution behafteten Hausantheile, sondern nur ein Capital sammt Interessen zuerkannt wurde, nicht als eine Beantwortung dieser Frage im Allgemeinen angesehen werden kann.

Es sey mir daher erlaubt, einen ähnlichen Fall und das hierbey gewöhnlich beobachtete Verfahren der Gerichts-Behörden anzuführen, und zu versuchen, den Begriff des Pflichttheilsübermasses praktisch festzustellen. Es stirbt z. B. eine Frau, welche ein Haus besitzt, ihren Ehegatten zum Erben einsetzt, und anordnet, daß nach dem Tode desselben die Verlassenschaft ihren vier leiblichen Kindern zufallen solle. Der Witwer erkennt diese fideicommissarische Substitution an, erklärt sich bedingt als Erbe, in dem von ihm vorgelegten Pflichttheilsausweise wird der auf seine Kinder entfallende Pflichttheil numerisch festgesetzt, er erbiethet sich durch Ausstellung eines förmlichen Schuldscheines den Pflichttheil bis zur Großjährigkeit seiner Kinder auf dem Verlassenschaftshause grundbüchlich sicherzustellen, und zur Aufrechthaltung der Ansprüche seiner Kinder als Nacherben in Ansehung des Pflichttheilsüber-

Paragraphes ein dingliches Recht erhalten, wird in dem folgenden Absatze erörtert.

G. Erwerben die nachberufenen Erben durch die grundbüchliche Eintragung des Testaments-Paragraphes, welcher die fideicommissarische Substitution anordnet, auf der Verlassenschafts-Realität auch dann ein dingliches Recht, wenn der Fiduciar-Erbe um die Realität vergewährt wird?

Diese Frage wurde in oberwähntem Prozesse vorzüglich bestritten, und ich muß die geehrten Leser bitten, bey der Beurtheilung dieser Frage sich das sub F. bezeichnete Verfahren gegenwärtig zu halten, daß nämlich zur Auszeichnung der Substitution der Testaments-Paragraph in dem Satzbuche von der Realinstanz eingetragen wurde, und daß in der an den Fiduciar-Erben ausgefertigten Gewähr von der Beschränkung des Eigenthümers durch die Substitution keine Erwähnug gemacht wurde.

Wenn man folgende Umstände hinzufügt: daß der unbedingt vergewährte Eigenthümer das mit der Substitution belastete Haus niederreißen ließ, daß er ein neues Gebäude aufführte, daß er viele Schulden, insbesondere Bauschulden contrahirte, dieselben auf diesem Hause einverleiben ließ, daß ferner nach seinem Tode über sein Vermögen der Concurs eröffnet wurde, und daß seine Kinder als die berufenen Nacherben gegen die Concurs-Masse den Beweis zu liefern hatten, daß ihnen durch die Einverleibung des Testaments-Paragraphes ein dingliches Recht auf diese in die Crida-Masse einbezogene Realität gebühren; so dürfte das Zusammentreffen dieser Umstände, welche Veranlassung zu mehreren Rechtsfragen geben, dieser Erörterung noch mehr praktisches Interesse gewähren.

Dieß vorausgesetzt, schreite ich nun zur Darstellung der Gründe, welche diejenigen anführen, welche behaupten, daß durch eine grundbüchliche Eintragung des Testaments-Para-

graphes, welcher die Anordnung der fideicommissarischen Substitution enthält, kein dingliches Recht erworben werde, und sohin versuchen, meine entgegengesetzte Meinung zu begründen.

1.) Wird behauptet, es mangle den auf solche Weise sichergestellten Nacherben die rechtliche Erwerbungsart durch die gehörige Eintragung in die öffentlichen Bücher.

2.) Muß die grundbüchliche Einverleibung zu Folge der §. 436 und 437 des a. b. G. B. ausdrücklich die Ueberantwortung der Realität in das Eigenthum für den Fall der Substitution enthalten.

3.) Würden sich die nachfolgenden Satzgläubiger mit Recht über eine unverschuldete Täuschung beklagen, da weder aus der unumschränkten Gewähranschreibung des Fiduciar-Erben noch aus irgend einer zur grundbüchlichen Einverleibung gediehenen Urkunde ein bloß zeitliches Eigenthum desselben auf die Realität zu ersehen war, indem aus der Einverleibung des Schuldscheines nur die Belastung mit einem Pflichttheilsbetrage in barem Gelde und aus jener des Pflichttheilsübermasses nur die Haftung für den Ueberrest einer Erbmasse entnommen werden kann.

Diese Gründe erachte ich mit folgenden zu widerlegen:

Ad 1.) Wenn die Substitutionen als eine Last in das Satzbuch eingetragen werden, so wird nur das befolgt, was der §. 11 des Grundbuchs-Patents vom Jahre 1765 vorschreibt, eben daher erscheint die Eintragung in das öffentliche Buch gehörig vorgenommen. Uebrigens wird auf die Marginalseite des Gewährbuches die Beziehung auf das Satzbuch in Ansehung der haftenden Sätze angemerkt.

Ad 2.) Die §§. 436 und 437 d. a. b. G. B.[1]) erfordern allerdings, insofern es sich um die Uebertragung des Eigenthu-

[1]) §. 436: „Wenn das Eigenthum unbeweglicher Sachen zu Folge eines rechtskräftigen Urtheils gerichtlichen Theilungsinstrumentes, oder einer gerichtlichen Ueberantwortung einer Erbschaft übertragen werden soll; so ist ebenfalls die Einverleibung dieser Urkunden erforderlich."

cate, daß auf der Realität eine letztwillige Anordnung des frühern Eigenthümers zu Gunsten dritter Personen haftet, und da jeder vorsichtige Darleiher die eingetragenen Satzposten genau zu prüfen hat, so liegt ihm auch ob, sich nicht bloß mit dem Gewährauszuge zu begnügen, sondern diesen Testaments-Paragraph in dem öffentlichen Buche einzusehen, woraus er sich leicht überzeugen kann, daß dem Besitzer der Realität nur ein zeitliches beschränktes Eigenthum mit dem Rechte und der Verbindlichkeit eines Fruchtgenusses gebühre. Ob in dem Grundbuchs-Extracte, für den Fall, als Pflichttheilnehmer nachberufen sind, der Beysatz in Ansehung des Pflichttheilsübermaßes vorkömmt, oder ob für den Fall, als die nachberufenen Erben keine Pflichttheilsnehmer sind, dieser Beysatz in dem Certificate nicht enthalten ist, macht für den Satzgläubiger in Bezug auf die ihm obliegende Pflicht, die frühern Satzposten genau zu würdigen, keinen Unterschied, weil der Inhalt des in dem Grundbuchs-Extracte erwähnten Testaments-Paragraphes ihm deutlich zu erkennen gibt, daß das Eigenthum der Realität nach dem Tode des Besitzers oder in einem andern im Testamente bestimmten Falle auf Nacherben zu übergehen hat. Der §. 443 des a. b. G. B. ordnet ausdrücklich an, daß derjenige, der die öffentlichen Bücher im Allgemeinen, nicht der ein bestimmtes specielles öffentliches Buch nicht einsieht, in allen Fällen für seine Nachlässigkeit zu leiden habe, und der Realinstanz kann, wenn sie bey der Eintragung einer Post in die öffentlichen Bücher gegen keine bestehende Vorschrift handelt, nie eine Haftung aufgebürdet werden. Aus diesen Gründen bin ich daher der festen Meinung, das nach diesem bey sehr vielen Gerichtsbehörden beobachteten Vorgange durch die grundbüchliche Eintragung der Testaments-Paragraphe als Belastung der Realität, ungeachtet der Vergewährung als Fiduciar-Erben, die berufenen Nacherben ein dingliches Recht erlangen; jedoch kann ich nicht umhin, jene Maßregel, wenn auch nicht für nothwendig, doch für nützlich anzuerkennen, wenn nebst der Ein-

tragung des Testaments=Paragraphes in dem Satzbuche auch in dem Gewährbuche und insbesondere in der dem Besitzer ausgestellten Gewähr von der Beschränkung des Besitzers durch das Testament Meldung gemacht wird. Diese Maßregel der Vorsicht wurde insbesondere aus Veranlassung des oberwähnten Prozesses bey einer der bedeutendsten Gerichtsbehörden bereits eingeführt.

Indem ich hiermit diesen Aufsatz schließe, übergebe ich denselben den geehrten Lesern mit der Versicherung, daß ich eifrigst bemüht war, sowohl die ältere als die neuere hiesige Gerichtspraxis in diesem Geschäftszweige kennen zu lernen.

V.

Beytrag zur näheren Betrachtung und Würdigung der eigenmächtigen Rechtsdurchsetzung, insbesondere der eigenmächtigen Pfändung.

Vom

Herrn Melchior Ratzenhofer,

Concepts-Beamten der k. k. Polizey-Ober-Direction.

In dem in diesen Blättern eingerückten Aufsatze: Beytrag zur nähern Betrachtung und Würdigung des Umfanges des §. 216, I. Thl. St. G. B.[1]), wird Seite 194 und 195 die Ansicht ausgesprochen: daß die eigenmächtige Rechtsdurchsetzung, insbesondere die Selbstpfändung keine andere Wirkung nach sich zöge, als daß der eine solche rechtswidrige Handlung Verübende dem Gegentheile für jeden erweislichen Schaden verantwortlich bleibe. Obschon Referent, ganz überzeugt von den Gründen des Herrn Verfassers, bey heimlicher Entziehung eines der Forderung equivalenten Gutes keinen Diebstahl, noch in der Herauslockung eines solchen einen Betrug sieht; so kann er doch die Folgen einer Selbstpfändung nicht jedenfalls in das Civilrecht verweisen, wie dieses wohl in folgenden Fällen, die der Herr Verfasser wahrscheinlich vor Augen hatte, angeht: z. B. A entführt dem B heimlich das ihm schon verkaufte, aber nicht bezahlte Pferd aus dem Stalle, M lockt unter dem Vorwande für eine dritte Person

[1]) Octoberheft 1830, p. 177.

Waaren bey einem Silberarbeiter heraus, und verkauft sie wegen einer eigenen angeblichen Forderung für sich.

Oder, in allen Fällen, in welchen das durch den §. 471 des a. b. G. B. untersagte Retentions-Recht ausgeübt wird, wovon nur im Wechselrechte, beym Finden, und im Leihvertrage eine Ausnahme Statt findet. Z. B. A ist dem B einen Arbeitslohn schuldig, Letzterer behält nun einen von dem Ersteren ihm zur Bearbeitung später übergebenen Stoff. Oder

A erhält von B eine Waare zur Aufbewahrung, dieser, nach einiger Zeit nicht mehr in der Lage zur ferneren Verwahrung, übergibt sie dem C, der, im Besitze einer wirklichen oder vermeintlichen Forderung an A, diese Waare nicht ausfolgen läßt u. s. w.

Allein es ereignen sich in der Praxis gerade die meisten Fälle von der Art, und werden bey der politischen Obrigkeit, insbesondere bey Polizey-Directionen klagbar, daß solche eigenmächtige Rechtsdurchsetzungen, vorzüglich eigenmächtige Pfändungen, wenn nicht als schwere Polizey-Uebertretungen im Sinne des §. 236 II. Thl. St. G., doch gewiß als Polizeyvergehen gegen die Sicherheit der Ehre einer- und gegen die öffentliche Ordnung und Ruhe andererseits untersucht und gestraft zu werden verdienen. Beyspiele dürften diese Ansicht rechtfertigen: A, welcher von B eine Summe Geldes zu fordern hat, entreißt demselben auf der Straße, oder an einem andern öffentlichen Orte ein Kleidungsstück, und behält es als Pfand zurück. Oder

Ein eben so ungeduldiger Gläubiger geht in den Verkaufsladen seines Schuldners, eines Gewerbs- oder Handelsmannes, und nimmt ihm im Beyseyn mehrerer Kunden oder Handelsfreunde, mit der Aeußerung, „daß man es einem Schuldner so machen müsse," eine Parthie Waaren als Pfand weg.

Die in beyden Fällen Gekränkten führen nun vor der politischen Obrigkeit Klage, 1.) auf Rückstellung des eigenmächtig genommenen Pfandes, worauf sie oft selbst nicht das Ei-

genthumsrecht besitzen, und schon dadurch in Verlegenheit gerathen; 2.) und zwar vorzüglich auf Genugthuung für die ihnen zugefügte Ehrenkränkung (für die Schande, wie sie sich ausdrücken). Sollte nun, bey dem Umstande, daß schon der §. 19 des a. b. G. B. jede Selbsthülfe verbiethet, den Uebertreter verantwortlich macht, ja selbst auf das Strafgesetz §. 127 I. Thl. St. G., der von der Nothwehre handelt, hinweiset, hiermit aber nicht alle Fälle der strafbaren Selbsthülfe erschöpfen will, die nach Herrn Hofraths v. Zeiller Commentar nach Beschaffenheit der Umstände in ein Verbrechen oder Polizey-Uebertretung — schwere Polizey-Uebertretung oder Polizey-Vergehen — ausarten kann, — sollte diese Behörde den Kläger auch in Rücksicht auf den zweyten Punkt, aus dem Grunde, weil

a) hier von keiner öffentlichen Gewaltthätigkeit die Rede seyn kann, und

b) hierbey auch weder eine wörtliche noch thätliche, öffentliche oder häusliche Beleidigung unterlaufen ist, von sich weisen, diese Handlungen als keine Ehrenkränkungen erklären dürfen? — eine Beleidigung, die gerade schwerer fallen dürfte, als eine wörtliche, ja selbst thätliche häusliche Beleidigung ohne Zeugen, welch letztere nach den bestehenden Gesetzen von jeher als Polizey-Vergehen, den §. 241 II. Thl. d. St. G. B. analog behandelt, und nach den eintretenden mildernden oder erschwerenden Umständen mit Verweis und Abbitte, oder mit einem 24stündigen bis dreytägigen (Polizeyhaus-) Arreste geahndet wird.

In den beyden früher angeführten Fällen ist nicht zu verkennen, daß die bürgerliche Achtung des angeblichen Schuldners sich vermindern, sein Fortkommen, sein Geschäftsbetrieb, seine Erwerbung beeinträchtigt werden kann; der §. 236 II. Thl. d. St. G. fordert nur diese Möglichkeit, verlangt aber, um den Thatbestand dieser schweren Polizey-Uebertretung zu vollenden, daß Jemand einer Handlung fälschlich beschuldigt werde, welche die obige Wirkung hervorzubringen im Stande ist. Sollte nun in der Thathandlung der eigenmächtigen Pfändung in den angeführten und allen ähnlichen Fällen nicht die spre-

chendste, meistens fälschliche Beschuldigung liegen: die Personen, denen sie zugefügt wird, seyen wenigstens leichtsinnige Schuldenmacher, die keine Berücksichtigung verdienen, indem man nicht ansteht, sie vor aller Welt als solche zu bezeichnen? Angenommen, daß diese Ehrenkränkungen nicht dem §. 236 II. Thl. d. St. G. B. nach dem Geiste dieses Paragraphes zu subsumiren, diese Interpretation mithin zu weit wäre; so folgt daraus noch gar nicht die Straflosigkeit derselben, sondern nur, daß sie die Gesetzgebung, die allen Grund hat, die Ehre der Bürger vor jedem Angriffe zu schützen, das Ansehen der Gesetze aufrecht zu halten, und jede Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung zu entfernen, wegen ihrer mindern Wichtigkeit in das Bereich der Polizey-Vergehen gewiesen habe, worauf auch der §. 1339 des a. b. G. B. hindeutet, und dieß um so mehr, als einerseits solche Vorgänge eine unverkennbar schädliche Wirkung auf die bürgerliche Achtung und das Fortkommen äußern, der Ersatz im Civilwege nicht nur oft uneinbringlich, sondern auch nicht selten unberechenbar ist, andererseits aber diese Vorgänge oft grobe Exzesse und Schlägereyen veranlassen, die durch ein Strafgesetz hintangehalten werden wollen. Da jedoch, wie bereits gesagt, nicht alle eigenmächtigen Rechtsdurchsetzungen, nicht alle Selbstpfändungen die nachgewiesenen üblen Folgen nach sich ziehen; so dürfte hierüber folgender Grundsatz zur Beurtheilung gelten:

„Alle jene eigenmächtigen Rechtsdurchsetzungen, welche, ohne mit wörtlichen oder thätlichen Beleidigungen verbunden zu seyn, doch unter solchen, Jedem einleuchtenden Umständen verübt werden, daß für den Gegentheil eine Verminderung der bürgerlichen Achtung, eine Beeinträchtigung seines Fortkommens oder seines Geschäftsbetriebes aus der Handlung selbst resultiren kann, sind als Ehrenkränkungen zu behandeln und zu bestrafen.“ Mit Hofdecret vom 14. März 1812 werden die Behörden bestimmt, welchen die Untersuchung und Bestrafung jener körperlichen Verletzungen, widerrechtlichen Kränkungen der Freyheit, und der Ehrenbeleidigungen zusteht,

VI.

Noch Einiges über die Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes einer Gemeinde.

Vom

Herrn Franz Ritter v. Minasiewicz,
Doctor der Rechte und Advocaten in Lemberg.

Ich habe bereits in der Recension des Werkes des Herrn Dr. Theodor Pachmann über die Verjährung (Notizenblatt der Wagner.-Zeitschrift, vom J. 1833, Octob.-Heft S. 370) meine Ansicht in dieser Hinsicht ausgesprochen und begründet; weßhalb ich hier die Wiederholung des daselbst Gesagten unterlasse. Da aber neuerlich ein berühmter österreichischer Rechtsgelehrter nach vorläufiger Prüfung sämmtlicher über diesen Gegenstand bestehender Ansichten und unter anderen auch der meinigen, seine, von allen diesen Meinungen abweichende Ansicht (im August-Hefte 1835, S. 103 dieser Zeitschrift) aufgestellt, jedoch die von mir benutzten Gründe, wie ich wenigstens glaube, nicht hinlänglich widerlegt hat, so wage ich, mit derjenigen Bescheidenheit, mit welcher ich überhaupt meine Ansichten öffentlich auszusprechen gewohnt bin, und mit gebührender Ehrfurcht gegen diesen hochgelehrten österreichischen Juristen, aufgefordert endlich durch dessen eigene Worte, a. a. O. S. 122.: „Jedermann steht es frey, auch diese zu prüfen, so wie ich die bisher vorgebrachten geprüfet habe," auf dasjenige, wo-

mit meine Ansicht zu widerlegen gesucht wird, kürzlich zu antworten *).

Fürs erste glaube ich, daß, obwohl die Bestimmungen der §§. 1007 und 1009 des b. G. B. rücksichtlich aller Vollmachten gelten, also auch rücksichtlich der unbeschränkten, doch daraus nicht folge, daß diese Bestimmungen der gedachten Paragraphe keine Beschränkung des Machthabers mit sich führen. Vielmehr folgt aus dem Umstande, daß diese Bestimmungen der §§. 1007 und 1009 von allen Vollmachten, also auch von den unbeschränkt gegebenen gelten, dieses, daß auch der unbeschränkte Machthaber der natürlichen Beschränkung unterworfen sey, von welcher diese Paragraphe sprechen 1).

Die Worte des hochverehrten Gegners (S. 120 a. a. O.): „Der §. 878 handelt nicht von der Vollmacht, sondern von dem Gegenstande eines gültigen Vertrags," scheinen vorauszusetzen, daß die Vollmacht nicht Gegenstand eines Vertrags sey; da doch jede Vollmacht in der Regel nur durch einen Vertrag zu Stande kommt 2). Weßhalb aber gleich darauf gefragt werde: „Ist aber die Erwerbung des Besitzes durch eine Gemeinde geradezu unerlaubt?" leuchtet mir nicht ein; da ich doch in der gedachten Recension nirgends zu einer solchen Folgerung Anlaß gebe 3).

Weiter heißt es auf derselben S. 120: „Rechte dritter Personen dürfen die Machthaber bey der Geschäftsführung freylich nicht verletzen; aber das Nämliche darf kein Machthaber. Handelt er aber deßwegen in Beziehung auf den Machtgeber schon ungültig, wenn er doch das zu seiner Verwaltung gehörige Geschäft verrichtet hat? Unerlaubt handelt er allerdings, aber

*) Nach jeder der folgenden Nummern beliebe man sogleich die mit eben derselben Zahl bezeichnete Gegenbemerkung im nachfolgenden Aufsatze zu lesen. Anmerkung d. Redaction.

das geht den Machtgeber nichts an ꝛc.“ Handelt er unerlaubt, so frage ich weiter, war er auch zu dieser unerlaubten Handlung gültig bevollmächtigt? Die Antwort muß wegen der mehrmahls erwähnten §§. 1007, 1009 und 878 des b. G. B. verneinend ausfallen, also hat der Machthaber die Gränzen seiner Vollmacht überschritten 4).

Der Gegengrund endlich, daß die unredlichen Machthaber für sich keinen Besitz erwerben wollen, mithin, wenn sie ihn für die Gemeinde nicht erwerben können, Niemand Besitzer der Sache wäre, scheint damit hinlänglich widerlegt werden zu können, daß ganz das nämliche Verhältniß auch damahls Statt finde, wenn Jemand die Vollmacht von einem Dritten zu haben falsch vorgibt, und etwas gleichsam für diesen Dritten unredlich erwirbt; und doch schwerlich Jemand behaupten würde, daß in diesem Falle dieser Dritte (nämlich der vorgeschützte Machtgeber) deßhalb als Besitzer anzusehen sey, weil der vermeintliche Machthaber den Besitz für sich nicht erwerben wollte 5). Richtiger scheint daher zu seyn, daß in solchen Fällen ein solcher unredlicher Machthaber selbst zum (unredlichen) Besitzer werde, da er schon Inhaber ist, den Besitzwillen aber für einen Dritten nicht haben kann, endlich die Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers schon wegen seiner Verpflichtung zum Schadenersatze erfüllen muß 6).

Uebrigens stimmt meine Ansicht mit dem ersten Theile der gegnerischen in dem Resultate überein, nämlich daß nur auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit derer Machthaber Rücksicht zu nehmen ist, welche für die Erwerbung des Besitzes gestimmt haben. Die weitere Behauptung des hochverehrten Gegners aber, daß unter den für die Erwerbung stimmenden Machthabern wieder nach der Mehrzahl die Redlichkeit oder Unredlichkeit des erworbenen Besitzes zu beurtheilen sey, hat meines Erachtens keinen festen Grund, indem eine Mehrzahl unter den für die Erwerbung des Besitzes Stimmenden keine Mehrzahl in Bezug auf die gesammten

Machthaber ist 7), in diesem Punkte also die Ansicht des hochgeehrten Gegners auch der von Ihm aus dem Rathsprotokolle der Gesetzgebungs-Hofcommission hergeholten Textirung des fraglichen Paragraphe des b. G. B. widerspricht 8).

Endlich glaube ich noch dieses für meine Ansicht anführen zu dürfen, daß nach dem §. 21 des a. b. G. B. die Gemeinden zu den Personen gehören, die sich eines besonderen Schutzes der Gesetze erfreuen; welchem besonderen Schutze es nun widerstreiten würde, wenn die Gemeinden wegen der Unredlichkeit der Machthaber jemahls selbst als unredliche Besitzer zu behandeln wären 9).

VII.

Gegenbemerkungen zur vorstehenden Abhandlung über die Redlichkeit des Besitzes bey Gemeinden.

Vom

Herrn Dr. Thomas Dolliner,

k. k. Hofrathe.

---

1) Die Bestimmungen der §§. 1007 und 1009, daß der Gewalthaber das aufgetragene Geschäft nach seinem besten Wissen und Gewissen, redlich besorgen soll, habe ich ausdrücklich als Pflichten des sowohl mit einer unumschränkten als mit einer beschränkten Vollmacht versehenen Machthabers anerkannt; aber doch auch behauptet, daß diese Bestimmungen als keine eigentlichen Beschränkungen der Vollmacht anzusehen sind. Eine eigentliche, das ist eine Beschränkung der Vollmacht im Sinne des a. b. G. B., §. 1007, ist dann vorhanden, wenn in der letzteren dem Machthaber die Gränzen, wie weit, und die Art, wie er dasselbe betreiben soll, vorgeschrieben werden. Sind aber die oben erwähnten Bestimmungen solche Vorschriften, wie sie das Gesetzbuch zum Begriffe einer beschränkten Vollmacht fordert? Wären sie es, so würde jede unumschränkte Vollmacht doch auch eine beschränkte und der im Gesetze selbst, §. 1007, gegründete Unterschied zwischen unumschränkten und beschränkten Vollmachten aufgehoben seyn. Der Herr Gegner glaubt sich dadurch zu helfen, daß er die oben erwähnten Be-

stimmungen natürliche Beschränkungen der Vollmacht nennt, allein mit dieser Benennung, über die ich mit ihm nicht rechten will, ist nichts gewonnen. Ich frage: haben diese sogenannten natürlichen Beschränkungen die nämliche rechtliche Wirkung, als die eigentlichen Beschränkungen, die das Gesetz selbst im §. 1007 als solche anerkennt, und die man im Gegensatze der natürlichen auch die positiven nennen könnte? Der Herr Gegner nimmt ganz unbedenklich, ohne allen Beweis, als ausgemachte Sache an, daß die Uebertretung der ersteren gleiche Wirkung mit der Uebertretung der letzteren habe, um daraus den Schluß ziehen zu können, daß die unredlichen Machthaber, welche für Besitzerwerbung einer Gemeinde stimmen, gegen ihre durch natürliche Gränzen beschränkte Vollmacht handeln, also ihre Stimmen nicht rechtsgültig seyen, daher in gar keine Betrachtung kommen, woraus er dann weiter folgert, daß durch unredliche Machthaber der Besitz für eine Gemeinde nie erworben werden könne, sondern nur jene Machthaber selbst gleich unredlichen Besitzern behandelt werden müssen. Gegen diese Voraussetzung und Consequenzen aber muß der österreichische Jurist höchlich protestiren. Wenn der Gewalthaber die eigentlichen Beschränkungen seiner Vollmacht, d. i. solche, die nach dem §. 1007 Beschränkungen sind, überschreitet, so ist der Gewaltgeber an das von jenem geschlossene Geschäft nach dem §. 1016 gar nicht gebunden, es sey denn, daß er es ausdrücklich oder stillschweigend genehmiget; der Machthaber handelt also in Beziehung auf den Machtgeber in einem solchen Falle ungültig. Ueberschreitet aber der Gewalthaber nicht die ihm von den Machtgeber vorgeschriebenen oder eigentlichen Schranken seiner Vollmacht, sondern begehet nur ein anderes Verschulden, wodurch er dem Machtgeber einen Schaden verursachet, so ist er nach §. 1010 und 1012 bloß schuldig, dem Machtgeber den verursachten Schaden zu ersetzen. Die Ungültigkeit des Geschäftes wird von dem Gesetze für einen solchen Fall nirgends ausgesprochen. Gesetzt, A be=

vollmächtiget den B, ihm das Pferd des C zu kaufen, ohne einen Preis zu bestimmen; B kauft das Pferd des C um 200 fl., handelt aber dabey wider sein Gewissen und unredlich, indem er dem A 300 fl. als Preis des Pferdes anrechnet; der Kauf wird gültig seyn, aber B wird dem A 100 fl. als einen zugefügten Schaden ersetzen müssen. Hätte hingegen A den B bey dem Einkaufe des Pferdes auf den Preis von 200 fl. beschränkt, und B hätte das Pferd wirklich um 300 fl. gekauft, so wäre A an den Kauf nicht gebunden, vorausgesetzt, daß B dem C seine Vollmacht vorgewiesen hat. Mehrere dergleichen Beyspiele kann sich der Herr Gegner aus den im §. 1008 namhaft gemachten Geschäften leicht selbst bilden. Es hat also die Uebertretung der von ihm sogenannten natürlichen und der von dem Gesetze gemeinten Beschränkungen der Vollmacht nicht gleiche rechtliche Wirkung. Die Uebertretung der sogenannten natürlichen Beschränkungen zieht nur die Pflicht zum Ersatze des dadurch dem Machtgeber verursachten Schadens nach sich. Wenn die Vollmacht durch Widerruf oder Aufkündigung aufgehoben worden ist, so bleiben doch nach §. 1026 des b. G. B. die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht ohne sein Verschulden unbekannt war, geschlossenen Verträge verbindlich, und der Gewaltgeber kann sich nur bey dem Gewalthaber, der die Aufhebung verschwiegen hat, wegen seines Schadens erholen. Um wie viel mehr müssen die von einem Machthaber mit einem Dritten geschlossenen Verträge für den Machtgeber verbindlich seyn, wenn die Vollmacht noch besteht, der Machthaber ihre eigentlichen Schranken nicht überschreitet, sondern nur bey Vollziehung derselben wider sein Gewissen und unredlich handelt, dieses aber dem Machtgeber ohne seine Verschulden unbekannt bleibt. Auch in diesem Falle bleibt also dem Machtgeber kein anderes Mittel übrig, als sich bey dem Machthaber, der ihm sein gewissenloses und unredliches Verfahren verheimlichet, wegen des dadurch erlittenen Schadens zu erholen. Demnach stellt sich der

Grundsatz, von welchem der Herr Gegner ausgeht, nämlich daß der wider sein Gewissen und unredlich handelnde, aber die eigentlichen Gränzen seiner Vollmacht dabey nicht überschreitende Machthaber ungültig handelt, nicht als haltbar bar; mit denselben fallen daher auch alle daraus abgeleiteten Consequenzen weg.

2.) Die Vollmacht bedeutet entweder die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber über den geschlossenen Bevollmächtigungs-Vertrag ausgestellte Urkunde (§. 1006 d. b. G. B.), oder die Bevollmächtigung, den Bevollmächtigungs-Vertrag selbst, wie aus den Marginal-Rubriken der §§. 1004 — 1007, §§. 1020 — 1024 verglichen mit deren Inhalte, wie auch aus den §§. 1030 und 1033 erhellet. Die Vollmacht ist allerdings nicht der Gegenstand eines Vertrages, hier des Bevollmächtigungs-Vertrages, sondern der Gegenstand desselben ist das von dem Machtgeber dem Machthaber aufgetragene und von diesem übernommene Geschäft, wie aus den meisten von der Bevollmächtigung handelnden §§. des b. G. B., namentlich aus dem §. 1006 leicht hätte ersehen werden können. Wenn daraus, daß jede Vollmacht in der Regel nur durch einen Vertrag zu Stande kommt, das Gegentheil erschlossen werden will, so gleicht dieser Schluß dem folgenden: Weil die Miethe oder die Pachtung nur durch einen Vertrag zu Stande kommt, so ist die Miethe der Gegenstand des Mieth-, die Pachtung des Pachtvertrages.

3.) Wie der Herr Gegner zu der hier gerügten Frage und Folgerung in seiner Recension Anlaß gab, wird sogleich einleuchten, wenn ich mich etwas weitläufiger erkläre. Der Herr Gegner stellte den Satz auf, daß die Stimmen der bey der Erwerbung des Besitzes für die Gemeinde unredlich handelnden Machthaber nicht rechtsgültig sind, weil diese Machthaber offenbar gegen eine stillschweigende und nothwendige Beschränkung der von der Gemeinde erhaltenen Vollmacht, folglich

ungültig handeln, dabey berief er sich auf den §. 878 d. b. G. B. Anfangs wußte ich nicht, wie dieser Paragraph hierher passen sollte, weil darin weder von der Vollmacht, noch von einer Beschränkung derselben die Rede ist, sondern bloß von dem Gegenstande eines gültigen Vertrages überhaupt. Endlich aber glaubte ich den Grund der Berufung auf diesen Paragraph in dessen Satze gefunden zu haben: „was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden.“ Denn da die Bevollmächtigung auch ein Vertrag, und dessen Gegenstand in unserem Falle die Erwerbung des Besitzes für eine Gemeinde ist, so kann eine geradezu unerlaubte Erwerbung des Besitzes für eine Gemeinde kein Gegenstand einer gültigen Bevollmächtigung seyn. Nun schien mir aus der ganzen Argumentation des Herrn Gegners hervorzugehen, daß er die Erwerbung des Besitzes für eine Gemeinde durch Machthaber, die dabey unredlich zu Werke gehen, für eine geradezu unerlaubte Besitzerwerbung halte und daraus schließen wolle, daß die Bevollmächtigung solcher Machthaber nicht gültig sey, sie also, indem sie die Erwerbung des Besitzes für die Gemeinde durch ihre Stimmen beschließen, ohne Vollmacht, mithin ungültig handeln. Da ich aber eine solche Erwerbung des Besitzes nicht für geradezu, d. i. absolut unerlaubt halten konnte, sondern, weil dieselbe bloß in der Voraussetzung des Umstandes, daß die Machthaber unredlich handeln, als unerlaubt erscheint, nur für bedingt oder relativ unerlaubt halten mußte, so war, da ich mich kurz fassen wollte, die Frage sehr natürlich: ist aber die Erwerbung des Besitzes für die Gemeinde geradezu unerlaubt? Im Verneinungsfalle zerfiel schon nach dem Naturrechte alle Kraft des Beweises, der aus dem §. 878 für die Ansicht des Gegners wenigstens scheinbar geführt werden könnte.

4.) Der Gegner setzt hier wieder voraus, daß die mehrmahls erwähnten Bestimmungen der §§. 1007, 1009 und 878, oder

die von ihm sogenannten natürlichen Beschränkungen der Vollmacht die nämliche rechtliche Wirkung haben, als die eigentlichen positiven im §. 1007 angegebenen Beschränkungen, welches er aber nirgends erwiesen hat. Zu einer unerlaubten Handlung ist freylich der Machthaber, er mag mit einer im Sinne des §. 1007 beschränkten oder unumschränkten Vollmacht versehen seyn, keineswegs bevollmächtiget; aber er ist auch nicht bevollmächtiget, nachlässig oder eigennützig zu handeln; verfährt er auf diese Weise, so handelt er ebenfalls unerlaubt, aber darum noch nicht ungültig, wenn er nur die ihm durch die Vollmacht im Sinne des §. 1007 vorgeschriebenen Gränzen nicht überschreitet. Denn jene Bestimmungen machen nicht den eigentlichen Inhalt und die positiven Schranken der Vollmacht aus, sondern sind bloß moralische Pflichten, deren Uebertretung zwar andere, in den §§. 1012 und 1013 angegebene Folgen, jedoch nicht die Ungültigkeit der von dem Machthaber unternommenen Handlung nach sich zieht. Hat der Gewalthaber innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, so werden dadurch Rechte und Verbindlichkeiten sowohl für den Gewaltgeber als für den Dritten begründet. Handelnd nach dem Inhalte der Vollmacht stellt der Gewalthaber den Gewaltgeber vor, erwirbt ihm Rechte und legt ihm Verbindlichkeiten auf (§. 1017), also ist das von dem Erstern innerhalb der ihm von dem Letzteren gesetzten Gränzen vollführte Geschäft in Beziehung auf den Letzteren nicht als ungültig, als unverbindlich zu betrachten, obgleich Jener dabey unsittlich oder unredlich zu Werke gegangen ist.

5.) Zwischen dem Falle einer fälschlich vorgegebenen, und einer wirklich erhaltenen, aber mit Hülfe einer Unredlichkeit vollzogenen Vollmacht gibt es in Beziehung auf die Erwerbung des Besitzes einen großen Unterschied. Im ersten Falle will der vorgeschützte Machtgeber den Besitz nicht erwerben,

weil er dazu keinen Auftrag gegeben hat; der vorgebliche Machthaber kann den Besitz für denselben nicht erwerben, weil er dazu von dem Ersten keine Vollmacht hat, und sich Wohlthaten nicht aufdringen lassen. Der vorige Besitzer hat sich, wie vorausgesetzt wird, des Besitzes bereits entäußert. Will also auch der vorgebliche Machthaber den Besitz nicht für sich erwerben, so müßte die Sache eine besitzlose und freystehende werden, und der Occupation Jedermanns offen stehen. Da man aber nicht annehmen kann, daß ein Mensch, der bey Sinnen ist, die Absicht gehabt habe, die Sache in eine solche Lage zu versetzen, so wird sich wohl ausmitteln lassen, daß der vorgebliche Machthaber das Vorgeben der erhaltenen Vollmacht bloß zu dem Ende brauchte, um den Besitz entweder für sich selbst oder für einen andern Machtgeber als den vorgegebenen, von welchem er wirklich einen Auftrag hatte, leichter zu erhandeln. Bestätiget sich jenes, so ist man um den Besitzer nicht verlegen, veroffenbart sich aber dieses, so ist das Verhältniß des lügenhaften Machthabers zu demjenigen, mit welchem er den Vertrag über die Erwerbung des Besitzes geschlossen hat, nach dem §. 873 zu beurtheilen; in Beziehung auf den wirklichen Machtgeber ist sein Verhältniß eben dasselbe, welches sogleich als der zweyte Fall erörtert werden wird. Hat nämlich der Machthaber das aufgetragene Geschäft der Besitzerwerbung inner den ihm von dem Machtgeber vorgeschriebenen Gränzen verrichtet, aber sich dabey ein unredliches Verfahren zu Schulden kommen lassen, so hat er, wie oben (Anmerk. 1 u. 4) gezeigt worden, den Besitz für den Machtgeber wirklich erworben, wird ihm jedoch, wenn dieser wegen der unterlaufenen Unredlichkeit den Besitz wieder verliert, für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich.

6.) Wie es zugehen soll, daß der unredlich handelnde, aber doch die ihm in der Vollmacht gesetzten Schranken nicht überschreitende Machthaber selbst unredlicher Besitzer werde, ist

mir nicht begreiflich. Inhaber der Sache wird er zwar, nachdem ihm dieselbe, um sie dem Machtgeber zu übermachen, von demjenigen übergeben werden, mit welchem er den Vertrag über die Besitzerwerbung für den Machtgeber geschlossen hat; um aber auch Besitzer zu werden, muß er den Willen haben, die Sache als die Seinige zu behalten (§. 309); daß er jedoch diesen nicht habe, hat er durch die Vorweisung seiner Vollmacht an den Tag gelegt. Da er die Sache nicht in seinem, sondern eines Andern (des Machtgebers) Namen inne hat, so kommt ihm auch kein Rechtsgrund zur Besitznahme der Sache für sich zu (§. 318). Er ist auch nicht berechtiget, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln, und sich dadurch eines Titels anzumaßen (§. 319). Wie kann er also selbst Besitzer, auch nur ein unredlicher werden? Der Herr Gegner will diese Möglichkeit daraus folgern, daß der Machthaber wegen seiner Unredlichkeit den Besitzwillen für einen Dritten (nämlich den Machtgeber) nicht haben kann. Allein, wo steht dieses geschrieben? Man kann sogar durch eine in den Strafgesetzen verbothene Handlung zum Besitze gelangen (§. 335); man kann sich in den Besitz eindringen, oder durch List oder Bitte heimlich einschleichen (§. 345), mithin bey aller dieser unredlichen Gesinnung den Besitzwillen für sich haben. Warum soll also auch der zur Besitzerwerbung bestellte Machtgeber bey einem mindern Grade seines unredlichen Verfahrens nicht den Willen haben können, den Besitz für seinen Machtgeber, der von des Erstern Unredlichkeit gewöhnlich nicht einmahl etwas weiß, zu erwerben? Wird denn durch unredliches Handeln der Besitzwille desjenigen, der den Besitz für einen Andern erwerben soll, mehr verdorben, als der Besitzwille desjenigen, der den Besitz für sich zu erlangen sucht? Endlich kann man auch daraus, daß der unredlich zu Werke gehende Machthaber wegen seiner Verpflichtung zum Schadenersatze die Verbindlichkeiten eines unredlichen Besitzers erfüllen muß,

mit dem Herrn Gegner den Schluß nicht machen, daß derselbe unredlicher Besitzer geworden sey, weil sich der Satz keineswegs erweisen läßt, daß Jedermann, der zum Schadenersatze verpflichtet ist, schon deßwegen als unredlicher Besitzer zu betrachten sey.

7.) Dieser unmittelbar gegen meine Ansicht gerichtete Einwurf beruhet auf der Voraussetzung, daß die Stimmen der unredlich für die Erwerbung des Besitzes stimmenden Machthaber als ungültig anzusehen und nicht mitzuzählen sind; eine Voraussetzung, die nicht nur die schon oben (Nr. 1) angeführten Gründe gegen sich hat, sondern auch mehrere unzulässige Folgen nach sich zieht, nämlich erstens: „daß ein unredlicher Besitz der Gemeinde unmöglich sey, da doch die Gesetzgebung nach den von mir allegirten Protokollen die Möglichkeit desselben voraussetzte und ihn durch die Vorschrift des §. 337 normiren wollte; zweytens, daß die Unredlichkeit eines einzigen Machthabers die Erwerbung des Besitzes für die Gemeinde hindern könne, wogegen alle von mir in der vom Herrn Gegner citirten Abhandlung §. 3 auseinandergesetzten Gründe streiten. Aber auch angenommen, daß jene Voraussetzung Richtigkeit hätte, und die Stimmen der unredlich handelnden Machthaber bey Erwerbung des Besitzes nicht in die Rechnung kämen, so kann doch die Zahl der redlich für die Erwerbung stimmenden Machthaber so groß seyn, daß sie in Beziehung auf die gesammten Machthaber die Mehrzahl ausmacht; z. B. wenn von acht Machthabern sechs für die Erwerbung des Besitzes stimmen und unter den Letzteren ein unredlicher ist. Endlich steht der ganzen gegnerischen Behauptung der §. 328 des b. G. B. offenbar entgegen, nach welchem im Zweifel die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes ist; ein Zweifel aber, ob der Besitz einer Gemeinde redlich oder unredlich sey, ist gewiß vorhanden, wenn von acht Machthabern sechs für die Erwerbung des Besitzes stimmten

und darunter drey redliche und drey unredliche sich befänden. Drey sind nicht fünf, und doch ist der Besitz redlich.

8.) Daß meine Ansicht der aus den Protokollen der Hof-Commission in Justiz-Gesetzsachen hervorgehenden Textirung des §. 337 widerspricht, muß ich so lange in Abrede stellen, bis es mein Herr Gegner beweiset, nicht bloß asserirt. Die Absicht der Hofcommission ging offenbar dahin, daß der Besitz einer Gemeinde nicht nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der gesammten, sondern des größeren Theiles der in ihrem Namen handelnden Machthaber beurtheilet werden sollte. Durch eine unvorsichtige Wegstreichung der Worte: des größeren Theiles, da bloß die Worte: der Mitglieder oder aus der angetragenen Textirung wegzulassen gewesen wären, um der Absicht einer gemachten Bemerkung zu entsprechen, geschah es, daß jetzt der Text weniger deutlich lautet, aber auch in seiner dermahligen Gestalt fordert er nicht, daß auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit der gesammten Machthaber Rücksicht zu nehmen sey. Man muß ihn also nach der ursprünglichen, nie geänderten Absicht dahin verstehen, daß nur die Redlichkeit oder Unredlichkeit des größeren Theiles der Machthaber zu berücksichtigen sey. Da nun der Herr Gegner selbst zugibt, daß bloß auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit jener Machthaber Rücksicht zu nehmen ist, welche für die Erwerbung des Besitzes gestimmt haben, so folgt, daß nur die Redlichkeit oder Unredlichkeit des größeren Theiles dieser Machthaber den Besitz der Gemeinde zu einem redlichen oder unredlichen mache, ohne Rücksicht auf die Gesammtheit der Machthaber.

9.) Auch Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben und an sich unfähig sind, einen Besitz zu erwerben, sondern hierin von einem Vormunde oder Curator vertreten werden müssen (§. 310), stehen nach §. 21 unter einem beson-

dern Schutze der Gesetze, und doch widerstreitet es nicht diesem besondern Schutze, wenn sie wegen der Unredlichkeit ihrer Vertreter in Erwerbung des Besitzes für sie als unredliche Besitzer behandelt werden. Warum soll es bey den Gemeinden anders seyn?

Im Verlage der J. P. Sollinger'schen Buchdruckerey,
in der oberen Bäckerstraße Nr. 772,
wird Pränumeration angenommen
auf den zwölften Jahrgang der

Zeitschrift
für
österreichische Rechtsgelehrsamkeit
und politische Gesetzkunde.

Herausgegeben von
Dr. Thomas Dolliner, k. k. wirkl. Hofrathe, und
Dr. Joseph Kudler, k. k. wirkl. Regierungsrathe und
o. ö. Professor.

Diese Zeitschrift erscheint, wie bisher, in zwölf Heften, jedes im Durchschnitte von 6 bis 7 eng gedruckten Bogen in groß Octav-Formate, und kostet in ganzjähriger Pränumeration 9 fl. Conv. Münze. In der Mitte eines jeden Monathes wird ein Heft ausgegeben.

Auch sind bey obigem Verleger noch complete Exemplare der früheren Jahrgänge zu ermäßigten Preisen zu haben.

Ferner ist in diesem Verlage neu erschienen:

Die Lehre von den Civil-Gerichtsstellen
in den
deutschen und italienischen Ländern des österr. Kaiserstaates.

Von Dr. Fr. Xav. Haimerl,

Supplenten der Lehrkanzel des Lehen-, Handels- und des Wechselrechtes, des gerichtlichen Verfahrens und des Geschäftsstyles, dann Mitgliedes der jur. Facultät an der wiener Universität.

Zweyter Theil. gr. 8. Wien 1835, br. 2 fl. C. M.

VIII.

Versuch eines Schlußwortes[1]) über die Anrechnung in den Pflichttheil.

Vom

Herrn Franz Xav. Nippel,

k. k. mähr. schles. Appellationsrathe.

Es gibt gewiß keinen Gegenstand des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, welcher so vielfach besprochen worden ist, und in Ansehung dessen so verschiedene Ansichten und Meinungen zum Vorscheine gekommen sind, als die Anrechnung in den Pflichttheil.

Nachdem auf diesem Kampfplatze des literarischen Ringens nach Licht, Wahrheit und Recht, einige Zeit Waffenruhe geherrscht hatte, hat ein talentvoller Praktiker, Herr Landrechts-Rathsprotokollist Gspan, aus Grätz, diese Waffenstille unterbrochen, und in seinem zweyten Aufsatze, mit dem er die Bahn eines Schriftstellers betrat, alle bisher im Drucke

---

1) Der Verfasser hatte diesen Aufsatz schon größtentheils vollendet, als im Octoberhefte 1835 dieser Zeitschrift der Wunsch geäußert wurde, daß Herr Professor Wessely oder Herr Rathsprotokollist Gspan, die vom Herrn Dr. Czaba gegen ihre Anrechnungsart vorgebrachten Einwendungen beantworten möchten. Bevor dieses geschieht, wünsche ich, daß auch gegenwärtige Abhandlung von ihnen berücksichtiget werde. Meine gegenwärtige Abhandlung soll daher nur eigentlich eine Vorbereitung zum Schlußworte seyn.

erschienenen, und ausführlicher erörterten Meinungen als mit den Worten und dem Geiste des Gesetzes unvereinbar darzustellen, und dagegen eine neue Anrechnungsart aufzustellen und gesetzlich zu begründen gesucht.

Strenge genommen ist zwar seine Ansicht über die Art und Weise, wie die Anrechnung zum Pflichttheile zu geschehen habe, nicht neu. Denn die nämliche Meinung hat bereits Herr Dr. und Professor Joseph Wessely, bey Gelegenheit der Recension meiner Abhandlung über den Pflichttheil geäußert, sie ist aber, da der Verfasser sie nur ganz kurz mit Hinweisung auf einige Paragraphe des bürgerl. Gesetzbuches begründete, außer einer einzigen Abhandlung[1]) nicht wieder öffentlich[2]) zur Sprache gekommen.

Mit dieser von Dr. Wessely und Gspan aufgestellten neuen Anrechnungsart dürften die verschiedenen Meinungen über diesen Gegenstand im Wesentlichen als geschlossen angesehen werden. Denn ich glaube nicht, daß es möglich sey, noch eine andere Rechnungsart zu erfinden, die sich nur einigermaßen durch die bestehenden Gesetze rechtfertigen ließe, und die sich zugleich von allen den bisher öffentlich zur Sprache gebrachten Anrechnungsarten wesentlich unterschiede.

Es ist daher nach meinem Dafürhalten gegenwärtig allerdings schon an der Zeit, die Frage zur Beantwortung aufzuwerfen, welche aus allen diesen öffentlich zur Sprache gebrachten Anrechnungsarten die wahre sey? — weil nach der hier vorausgeschickten Bemerkung eine derselben die wahre seyn muß.

Die Erörterung dieser Frage beginnt am zweckmäßigsten mit der Prüfung dieser letzteren von Wessely und Gspan

---

[1]) Abhandlung über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheiles. Vom Dr. Wenzel Aloys Czada. Wien 1830.

[2]) Wohl ganz kurz bey Gelegenheit einer Recension im Notizenblatte dieser Zeitschrift v. J. 1835, Heft 8, S. 283.

Anmerkung der Redaction.

vorgeschlagenen Anrechnungsart [1]), deren Kenntniß ich bey den Lesern dieser Zeitschrift voraussetzen darf, und mich daher einer Wiederholung derselben füglich enthalten kann.

I.

Bedenken gegen diese Anrechnungsart [2]).

Vor Allem stellen sich mir die Resultate, die sich aus dieser Anrechnungsart ergeben, als die gewichtigsten Bedenken dar, sie als die wahre anzuerkennen, und ich erlaube mir eines der auffallendsten Ergebnisse aus derselben durch die Erzählung eines Falles darzustellen, in Ansehung dessen es den Lesern gleichgültig seyn kann, ob er sich wirklich ereignet habe, oder bloß erdichtet sey.

Ein Vater hatte zwey Söhne, die wir Anton und Joseph nennen wollen. Der Sohn Anton führte in früherer Zeit einen leichten Lebenswandel, der dem Vater viel Kummer verursachte, — stürzt sich in Schulden, und der Vater sah sich zur Rettung seiner Ehre veranlaßt, dieselben im Betrage von 10,000 fl. für ihn zu bezahlen. — Der Sohn Joseph, mit welchem der Vater keine Ursache, unzufrieden zu seyn, hatte, war noch nicht in der Gelegenheit, eine anrechnungsfähige Gabe zu erhalten. Dem Vater, welcher Witwer war, fiel es noch am Abende seiner Tage bey, sich zum zweyten Mahle zu verehlichen, und mit seiner Gattinn einen Erbvertrag abzuschließen, worin er mit seinem in 40,000 fl. bestehenden Vermögen auf folgende Art disponirte:

---

[1]) Ich habe in gegenwärtiger Abhandlung außer dieser nur auf die Anrechnungsart des Herrn Prof. N. Wagner Rücksicht genommen, weil ich die übrigen durch die von Wagner und Gspan aufgeführten Gründe hinlänglich widerlegt ansehe, und das schon Gesagte nicht wiederholen will.

[2]) Gewichtige Bedenken dagegen hat schon Dr. Czaba in seiner berührten Abhandlung geäußert, auf die ich zur Vermeidung von Wiederholungen hiermit verweise.

„Der Sohn Anton soll, da er ohnehin schon eine beträchtliche Summe von ihm erhielt und gegenwärtig ohnehin gut versorgt sey, nichts, der Sohn Joseph aber 10,000 fl. als Legat aus seiner Verlassenschaft erhalten, und alles übrige Vermögen soll seine Gattinn als eingesetzte Erbinn erhalten.“

Die beyden Söhne, welche von diesem Erbvertrage in Kenntniß kamen, und sich durch die in demselbem getroffenen Verfügungen gekränkt fühlten, — beriethen sich mit einem Rechtsgelehrten, — ob sie rechtlich verpflichtet seyen, sich diese vertragsmäßige Disposition gefallen zu lassen, oder welche Rechtsmittel ihnen allenfalls gegen dieselbe zu Gebothe stünden? — Der Rechtsgelehrte, welcher gleichfalls obige Ansicht von der Anrechnung in den Pflichttheil hatte, erklärte ihnen, daß der Vater sie durch diesen Vertrag an ihrem Rechte auf einen Pflichttheil keineswegs verletzte. Denn besteht, sagte er, das Vermögen des Vaters, das er bey seinem Tode hinterlassen wird, in 40,000 fl., — so ist der gesetzliche Erbtheil für jeden der beyden Söhne 20,000 fl.; — und sohin der Pflichttheil, als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, = 10,000 fl. Da nun der Sohn Anton bereits 10,000 fl. — dadurch von dem Vater erhalten hat, daß dieser Schulden in diesem Betrage, die der Sohn Anton schon nach erlangter Großjährigkeit sich aufbürdete, für ihn bezahlte, — so muß er sich dieselben von seinem Pflichttheile pr. 10,000 fl. — abrechnen lassen, woraus folgt, daß er auf keinen Erbtheil mehr einen Anspruch machen könne. Dem Sohne Joseph sind aber in dem Erbvertrage wirklich 10,000 fl., sohin so viel zugedacht, als sein Pflichttheil beträgt. Folglich hat auch er kein Recht, von dem Vater mehr zu verlangen. Es erübrige sohin kein anderes Mittel, als im Wege der Güte den Vater und die Stiefmutter gemeinschaftlich zur Abänderung ihres Erbvertrages zu bewegen, weil auch der Vater selbst einseitig seiner Gattinn, von dem ihr in dem Erbvertrage zugedachten Vermögen, wenigstens durch eine Verfügung auf den Todesfall, nichts mehr entziehen kann.

Beyde Brüder unterredeten sich nun, was zu thun sey. Der Sohn Anton, welcher mehr auf seine Beredsamkeit vertraute, und wenn nicht für sich, doch wenigstens zu Gunsten seines Bruders eine Abänderung dieses Erbvertrages zu bewirken hoffte, — nahm es auf sich, den Sprecher zu machen, — und sein Bruder Joseph sicherte ihn zu, daß, wenn es ihm nicht gelingen sollte, für sich selbst etwas zu erwirken, — er dasjenige, was er (Joseph) durch die Verwendung seines Bruders, nach dem Tode des Vaters über die 10,000 fl. erhalten sollte, brüderlich mit ihm theilen wolle.

Der Sohn Anton verfügte sich nun zu seinen Aeltern, und wollte sie bereden, wenigstens seinem Bruder Joseph noch einige tausend Gulden nach dem Tode des Vaters zuzusichern, aber die Stiefmutter verharrte hartnäckig dabey, daß sie sich das ihr zugedachte Vermögen nicht schmälern lasse. Stiefmutter und Stiefsohn geriethen dabey in heftigen Wortwechsel, welcher zuletzt gar in eine gröbliche Mißhandlung des Letzteren an Erstere ausartete. Seit dieser Zeit durfte der Sohn Anton das väterliche Haus nicht mehr betreten.

Dadurch schwand dem Sohne Joseph jede Freude der Hoffnung, nach dem Tode des Vaters mehr als die verschriebenen 10,000 fl. zu erhalten, und sein Bruder mußte dießfalls über sein unbesonnenes Benehmen, welche ihn jede Hoffnung, etwas Mehreres von seinem Vater zu erhalten, beraubte, oftmahls bittere Vorwürfe anhören.

Im Kurzen starb der Vater, und die Verlaß-Abhandlung wurde vorgenommen. Welch' unerwartetes Resultat zeigte sich nun da! — Die von Anton an seine Stiefmutter ausgeübte Mißhandlung hatte für beyde Söhne den erfreulichsten Erfolg. Es zeigte sich nämlich bey Vorlage des Pflichttheils-Ausweises, daß der Sohn Anton, da er sich durch diese Mißhandlung des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, bey Ausmessung des Pflichttheiles so betrachtet werden müsse, als wenn er gar nicht vorhanden wäre (§. 767). Diesem zu Folge war der Sohn Joseph als einziger gesetzlicher Erbe zu behan-

deln, welchem nach der gesetzlichen Erbfolge die vollen 40,000 fl. zugefallen wären. Sein Pflichttheil beträgt sohin 20,000 fl., — und da er selbst immer dafür hielt, — daß er auf keinen größern Pflichttheil als auf 12,500 fl. — rechtlichen Anspruch machen könne, — so theilt er, seinem Versprechen gemäß, die durch die Mißhandlung der Stiefmutter gewonnenen 10,000 fl. — ohne Widerrede mit seinem Bruder.

Kann nun wohl eine Anrechnungsart die wahre seyn, welche solche Resultate hervorbringt?

Freylich hätte der Rechtsgelehrte, an den sich die Brüder wendeten, — ihnen selbst, nach der von ihm angenommenen Anrechnungsart, ein anständigeres Mittel, zu ihrem Zwecke zu gelangen, anrathen können. — Er hätte nämlich dem Sohn Anton rathen sollen, daß er auf sein Erbrecht verzichte, was die nämliche Folge nach sich gezogen hätte. Der Sohn Anton würde sich auch in diesen Rath um so williger gefügt haben, als die Verzichtleistung auf einen Anspruch, der gar nicht mehr besteht (denn der Sohn Anton hätte ja nach dieser Berechnungsart kein Erbtheil mehr zu fordern), nicht schwer fallen kann, — und zwar um so weniger, — wenn diese Verzichtleistung erst das Mittel wird, — dasjenige zu erhalten, auf das man verzichtete. Aber wahrscheinlich hatte dieser Rechtsgelehrte diesen Rath aus der Ursache nicht ertheilt, weil er ihm nicht beygefallen ist, — daß es einen Fall geben könne, wo die Verzichtsleistung auf ein Recht, das doch sonst überall die Rechtssphäre des Verpflichteten erweitert, — und auch nach der Natur der Sache erweitern soll, die Rechte des Verpflichteten verringert.

Man könnte vielleicht, um dieses gewiß auffallende Resultat zu vermeiden, auf den Gedanken gerathen, ohne die Grundzüge dieser Anrechnungsart aufzugeben, — hier eine Modification durch die Behauptung eintreten zu lassen, daß, wenn die anrechnungsfähige Vorausgabe den Pflichttheil erschöpft, — der Notherbe daher keinen Anspruch auf einen Pflichttheil mehr zu machen hat, — derselbe auch eben so behandelt werden solle,

als ob er gar nicht vorhanden wäre. Allein, abgesehen davon, daß diese Modification den Principien dieser Anrechnungsart kaum zusagen dürfte, — und daß daraus die Unzukömmlichkeit entstünde, den Pflichttheil zwey Mahl ausmessen zu müssen, nämlich ein Mahl, um bestimmen zu können, ob der früher begünstigte Notherbe seinen Pflichttheil bereits erhalten habe, — dann, um den Pflichttheil für die übrigen Notherben zu ermitteln, — würde sich das Auffallende des obigen Resultates höchstens verkleinern, aber nicht ganz beheben. Denn setzen wir, daß im vorliegenden Falle die für den Sohn Anton bezahlten Schulden 9999 fl. 59 kr. betragen hätten, — so wäre, obschon nur ein Kreuzer mangelte, dieser Notherbe mit seinem Pflichttheile doch nicht ganz befriediget, und er müßte sohin bey Ausmessung des Pflichttheiles in Berechnung kommen. Es würde sohin immer die Verzichtleistung auf den ihm noch gebührenden Kreuzer, dem Vater das Dispositions-Recht über 10,000 fl. entziehen, — was ein nicht minder auffallendes Resultat dieser Anrechnungsart wäre.

Herr Rathsprotokollist Gspan macht in seiner Abhandlung selbst auf das auffallende, oder mit den Gesetzen nicht vereinbare Resultat der Wagner'schen Anrechnungsart aufmerksam, welches darin besteht, daß jene Kinder, welche schon im Voraus anrechnungspflichtige Gaben erhalten haben, verhältnißmäßig mit jenen Kindern, welche zu Lebzeiten des Erblassers nichts erhielten, mehr, und zwar um desto mehr mit Einrechnung des Vorempfanges als Pflichttheil erhalten, je größer der Vorempfang war; ich frage nun, ob die hier berührten Resultate, die sich aus seiner Anrechnungsart ergeben, nicht noch merkwürdiger und auffallender seyen?

Sollte diese Anrechnungsart, welche, wie mir bekannt ist, durch ihre Einfachheit, ihre allgemeine Anwendbarkeit, und ihre scheinbare Uebereinstimmung mit dem Wortlaute des Gesetzes und dem allgemeinen Begriffe der Anrechnung den Beyfall ausgezeichneter Rechtsgelehrten erhalten hat, in die Praxis Eingang finden, und in Wirksamkeit treten, so wären

vorläufig alle Vormundschaftsbehörden darauf aufmerksam zu machen, darüber zu wachen, daß Aeltern ihren minderjährigen Töchtern oder Söhnen ja nicht mehr zum Heirathsgute oder zur Ausstattung geben, als sie höchst nothwendig bedürfen, weil dadurch seiner Zeit nicht nur ihnen, sondern auch ihren minderjährigen Geschwistern Abbruch an ihrem Pflichttheils-Anspruche geschähe. Denn nehmen wir an, daß ein Vater zwey minderjährige Töchter und ein Vermögen von 40,000 fl. habe, so wird, wenn der Vater dieses Vermögen hinterläßt, jede Tochter 10,000 fl. als Pflichttheil erhalten. Gibt er aber bey Lebzeiten einer Tochter ein Heirathsgut z. B. von 6000 fl., so sinkt der Pflichttheil für jede Tochter auf 8500 fl. herab, und der Vater, der im Besitze der vollen 40,000 fl., nur über 20,000 fl. hätte disponiren können, kann jetzt, wo sich durch die Zuzählung des Heirathsgutes pr. 6000 fl., sein Vermögen auf 34,000 fl. vermindert hat, über 23,000 fl. letztwillig verfügen.

II.

Prüfung der aufgestellten Grundsätze, aus welchen diese Anrechnungsart abgeleitet wird.

Nachdem ich durch die Anführung einiger auffallenden Resultate, die sich aus der berührten Anrechnungsart ergeben, einige Zweifel gegen die Richtigkeit derselben angeregt zu haben glaube, gehe ich nun zur Prüfung jener Grundsätze über, aus welchen sie abgeleitet wurde, denn sind diese und die Herleitung der Folgerungen richtig, so muß sich die Praxis die daraus hervorgehenden Resultate gefallen lassen.

Das erste, was hier zu berücksichtigen ist, ist der Begriff der Anrechnung selbst. Gegen diesen kann, so wie er in der Abhandlung Gspan's angegeben ist, nach meiner Ueberzeugung nichts Gegründetes bemerkt werden. Er ist dem allgemeinen Sprachgebrauche ganz angemessen, und es ist durch

Anführung verschiedener Gesetzesstellen gründlich nachgewiesen worden, daß das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch den aus der etymologischen Bedeutung der Worte selbst abgeleiteten Begriff in den einzelnen Stellen, wo sich dasselbe des Ausdruckes „Anrechnung" bediente, durchaus in Anwendung gebracht habe. Zu dem Beweise, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „anrechnen oder einrechnen" in der von Gspan angegebenen Bedeutung nehme, füge ich nur noch den §. 481 des St. G. B. I. Thl. hinzu, welcher in Ansehung der in Folge einer Wiederaufnehmung der Untersuchung über den Verurtheilten zu verhängenden Strafe anordnet, daß die bereits nach dem vorigen Urtheile ausgestandene Strafe in die neue eingerechnet werden solle, wodurch offenbar nichts anders gesagt werden will, als daß die ausgestandene Strafe in Beziehung auf die Dauer von derjenigen in Abzug gebracht werden solle, welche der Verurtheilte in Folge des neuerlich über ihn geschöpften Erkenntnisses auszustehen hätte. Dieser Begriff der Anrechnung, wie ihn Gspan aufgestellt hat, ist auch so allgemein verbreitet, daß gewiß kein, auch nur etwas unterrichteter Mensch sich der Hülfe eines etymologischen Wörterbuches bedienen wird, um zu wissen, was er eigentlich zu thun habe, wenn ihm z. B. ein Gläubiger sagt, er könne bey Bezahlung der Schuld an ihn dasjenige einrechnen, was er zur Unterstützung eines Verwandten des Gläubigers geleistet hat.

Ich stimme daher der Behauptung Gspans, daß der Begriff der Einrechnung, wie er ihn aufgestellt hat, auch auf die Anrechnung in den Pflichttheil volle Anwendung finde, vollkommen bey; aber ich gehe hierin noch weiter, als er, und behaupte, daß der gesetzlichen Anordnung des §. 793 d. b. G. B. kein von der obigen Erklärung abweichender Begriff der Anrechnung zu Grunde liege. Wie kann man wohl annehmen, daß der Gesetzgeber bey der Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheile, an dem gemeinen festgewurzelten Begriffe des Ausdruckes „Anrechnung," der gleichfalls allen übrigen gesetz-

lichen Verfügungen, wo dieser Ausdruck erscheint, zu Grunde liegt, eine Aenderung treffen wollte?

Der §. 793 enthält auch keine Erklärung, keine Definition der Anrechnung des Empfangenen zum gesetzlichen Erbtheile, sondern er sagt nur, wie die Anrechnung, deren eigentlichen Begriff er aus der etymologischen Bedeutung des Wortes voraussetzt, geschehe oder bewerkstelliget werde.

Vielleicht wird man dagegen bemerken, daß eben dieser Paragraph, welcher anordnet, wie die Anrechnung zum gesetzlichen Erbtheile zu geschehen habe, keine Sylbe von einer Subtraction enthalte, und daß doch in der erwähnten Begriffsbestimmung der Anrechnung, die Subtraction als eine wesentliche Eigenschaft aufgenommen worden sey; es könne daher der Begriff der Anrechnung, der dem §. 793 zu Grunde liegt, mit dem oben aufgestellten nicht gleich seyn.

Ich erinnere mich, in irgend einem Buche, worin verschiedene, das Rechnen erleichternde Methoden angegeben waren, gelesen zu haben: „Das Multipliciren einer Zahl durch fünf geschehe dadurch, daß man der zu multiplicirenden Zahl eine Null anhängt, und sie dann mit zwey theilet.“ Niemanden wird nun aber beyfallen, zu behaupten, daß dieser Rechnungslehrer dabey den allgemein angenommenen Begriff einer Multiplication habe ändern wollen; denn er hat durch obige Lehre bloß die Anweisung gegeben, das Resultat, welches durch die Multiplication einer Zahl durch fünf erzielet wird, auf eine, für das Gedächtniß bequemere Art mittelst der Theilung durch zwey zu erreichen.

Ein Aehnliches ist durch die Anordnung des §. 793 d. b. G. B. geschehen, und mit meiner Ueberzeugung sagt der Paragraph ganz das Nämliche, als ob es der Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet hätte:

Der Abzug des Empfangenen vom Erbtheile wird dadurch bewerkstelliget, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor

der Theilung erhält; und in der That geschieht ja dadurch ein Abzug, daß jedem Kinde vor der Theilung der nämliche Betrag zugetheilt wird, den das begünstigte Kind schon bey Lebzeiten erhalten hat, indem die dazu nöthige Summe der zur Vertheilung bestimmten Masse entzogen wird, wodurch das früher begünstigte Kind aus der vorhandenen Erbmasse gerade um den Betrag des Vorempfanges weniger erhielt, als es erhalten haben würde, wenn diese im Voraus gemachten Zutheilungen nicht geschehen wären.

Der weitern Bemerkung Gspan's, daß die Anrechnung in den Pflichttheil für alle Fälle, und folglich auch für den von Anwendung seyn müsse, wenn nur das mit einer Vorausgabe betheilte Kind vorhanden ist, muß ich aus dem von mir bereits in meiner Abhandlung über den Pflichttheil und meinen Erläuterungen über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch angeführten Gründen vollkommenen Beyfall schenken.

Als ein weiteres Criterium einer richtigen Anrechnungs-Methode stellt Gspan ferner den Satz auf, daß vor dem Acte der Anrechnung beyde Größen, nämlich in Beziehung auf die Pflichttheils-Anrechnung: der Pflichttheil und der Vorempfang bestimmt seyn müssen. Insofern diese Behauptung aus dem Begriffe der Anrechnung gefolgert werden will, muß ich dieselbe als nicht ganz richtig erklären, denn es kann in manchen Fällen der Abzug einer Größe von einer andern geschehen, ohne daß früher diese letztere in's Klare gesetzt wird. Es gibt z. B. A dem B eine bestimmte Summe Geldes, mit dem Auftrage, sie zu einer gewissen Zeit unter einer bestimmten Anzahl von Personen gleich zu vertheilen. B findet sich durch die Bitte mehrerer aus diesen bewogen, aus der zur Vertheilung bestimmten Summe noch vor Eintritt des festgesetzten Zeitpunktes Geldbeträge gegen Anrechnung bey der wirklichen Vertheilung im Voraus zuzutheilen. Kömmt es nun zur wirklichen Vertheilung, so kann diese Anrechnung mit Berücksichtigung der anzurechnenden Vorschüsse auf dop-

pelte Art vor sich gehen. B kann nämlich die ihm übergebene Summe in so viele Theile zergliedern, als Personen sind, an welche die Bezahlung zu leisten ist; und von dem für jede einzelne Person ausfallenden Quotienten den Vorempfang in Abzug bringen, oder er kann, auf ähnliche Art, wie der §. 793 anordnet, jedem aus denjenigen, welche noch keine Gabe erhalten haben, noch vor der Theilung so viel zumessen, daß eine Gleichheit unter diesen einzelnen Theilnehmern hergestellt wird. Auf diese Art erreicht B ganz das nämliche Resultat, das bey der ersteren Vertheilungs-Methode erzielet wird, die Anrechnung geht eben so gut, wie im ersten Falle vor sich, ohne daß vor dem Acte der Anrechnung die Größe desjenigen Betrages bestimmt worden ist, — von dem der Vorempfang in Abzug gebracht werden soll.

Ferners soll ein Criterium der wahren Anrechnungsmethode seyn, daß die Größe des Pflichttheils ohne Rücksicht auf neue Anrechnung nach Vorschrift des §. 784 des b. G. B. festgesetzt werde. Diese Behauptung wird aus dem vorstehenden Satze, daß bey dem Acte der Anrechnung beyde Größen bestimmt seyn müssen, gefolgert; allein ich sehe den logischen Zusammenhang des zweyten Satzes mit dem ersten nicht ein. Denn, warum soll, wenn beyde Größen, nämlich die, an welcher angerechnet wird, und die, welche angerechnet (d. i. nach obiger Begriffs-Aufstellung von jener Größe in Abzug gebracht) wird, nicht diese letztere Größe bey Ausmittelung der ersteren in Rechnung kommen dürfen? Setze man den Fall, daß ein Concursmasse-Verwalter, durch das Andringen mehrerer Gemein-Gläubiger bestimmt, sich herbey lasse, einige à Conto-Zahlungen zu leisten, welche ihnen ganz natürlich bey der definitiven Vertheilung der Cridamasse in Anrechnung zu bringen sind, — wird derselbe nicht, wenn es zur ordentlichen Vertheilung der Masse kömmt, bey Ausmittlung desjenigen Betrages, der ihnen gebührt, und von welchem der nun vorausgezahlte Betrag in Abzug zu bringen ist, diesen letz-

teren Betrag in Rechnung bringen dürfen? Wird dieser Concursmasse-Verwalter nicht vielmehr diese im Voraus geleisteten Zahlungen bey Ausmittelung desjenigen Betrages, den jeder Gemein-Gläubiger aus der Masse zu erhalten hat, einer noch vorhandenen, zur Vertheilung über die Gemein-Gläubiger bestimmten Masse hinzuschlagen, hiernach die Größe des auf jeden einzelnen Gläubiger fallenden Betrages entziffern, und von demselben, bey wirklicher Zutheilung dieses Betrages an die im Voraus begünstigten Gläubiger, den Vorempfang wieder in Abzug bringen?

Aus der Natur der Anrechnung, und aus dem Satze, daß vor der Anrechnung beyde Größen bestimmt seyn müssen, insofern diese letztere Behauptung auch richtig wäre, folgt daher nicht, daß bey Ausmittelung des Pflichttheiles auf die anrechnungspflichtigen Posten keine Rücksicht genommen werden dürfe.

Es ist somit nur noch zu untersuchen, ob nicht etwa eine gesetzliche Vorschrift bestehe, aus welcher wenigstens mit logischer Richtigkeit gefolgert werden könne, daß in Beziehung auf die Größe des Pflichttheils diese anrechnungspflichtigen Gaben unberücksichtiget bleiben müssen?

Zur Begründung der bejahenden Beantwortung dieser Frage führt Gspan mit andern Rechtsgelehrten

a) den §. 784 des b. G. B. an, welcher ausdrücklich erklärt, welche Gegenstände zur Ausmessung des Pflichttheils in die Activmasse einbezogen werden müssen, und sie folgern aus dem Umstande, daß in diesem Paragraphe von den anrechnungspflichtigen Gaben keine Rede sey, daß die Einbeziehung dieser Gaben in die Activmasse nicht zulässig sey. Allein, diese Folgerung scheint mir nicht logisch richtig. Denn der §. 784 bestimmt lediglich, was geschehen müsse, um den Pflichttheil richtig auszumessen; daß aber die Beobachtung dieser Vorschrift auch für alle Fälle zur Ausmessung des Pflichttheils ge-

nügend sey, wird darin keineswegs gesagt. Der §. 431 des b. G. B. ordnet z. B. an, daß zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden müsse; kann man nun aus dieser gesetzlichen Anordnung wohl folgern, daß die Eintragung des Erwerbungsgeschäftes in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher auch für jeden Fall hinreichend sey, um das Eigenthum auf diese unbeweglichen Sachen zu erlangen? Diese Frage muß sicherlich verneinend beantwortet werden. Denn wird wohl derjenige, der in Bezug auf eine unbewegliche Sache das Erwerbungsgeschäft in das öffentliche Buch eintragen ließ, schon durch die Eintragung an und für sich Eigenthümer werden, wenn der Vormann derselben selbst noch nicht Eigenthümer der Sache war? ist es zur Erwerbung des Eigenthums eines vermachten unbeweglichen Gutes hinreichend, daß die Anordnung des Erblassers überhaupt dem öffentlichen Buche einverleibt worden ist? oder wird derjenige, der einen Kaufvertrag zur Sicherstellung seiner Kaufrechte den öffentlichen Büchern einverleiben läßt, dadurch Eigenthümer des erkauften Gutes?

So unrichtig daher aus dem §. 431 d. b. G. B. gefolgert wurde, daß die Eintragung des Erwerbungsgeschäftes in den dazu bestimmten öffentlichen Büchern jederzeit zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes genüge, so unrichtig erscheint die aus dem §. 784 gezogene Folgerung, daß zur richtigen Ausmessung des Pflichttheiles es für jeden Fall genüge, wenn der Activstand der Verlassenschaft auf die in diesem Paragraphe festgesetzte Art ausgemittelt wird. Der §. 784 muß zwar in allen Fällen, wo es sich um Ausmittlung des Pflichttheiles handelt, beobachtet werden, — aber daß die Beachtung dieser Vorschrift auch in dem Falle hinreichend sey, wenn es sich um die Anrechnung handelt, ist wenigstens aus demselben nicht erwiesen. Der §. 784 konnte auch die Anordnung nicht enthalten, daß die Conferirungs-Posten in den Activstand einbezogen werden müssen, — weil diese Anordnung in dem Falle, als eine nach

Maßgabe des §. 793 übermäßige Vorausgabe geleistet worden wäre, zu unrichtigen Resultaten führen würde.

Ferner wird behauptet:

b) daß der §. 788 d. b. G. B. nur anordne, es soll der Vorempfang in den Pflichttheil, nicht aber in die Verlassenschaftsmasse und in den Pflichttheil eingerechnet werden, was doch bestimmt angeordnet seyn müßte, weil sonst zu dieser doppelten Anrechnung Niemand berechtiget sey.

Hierauf erwiedere ich, daß die in dieser Bemerkung liegende Behauptung, es geschehe durch die Hinzuschlagung des Vorempfanges zur Verlassenschaftsmasse eine doppelte Anrechnung, mit dem von Gspan selbst aufgestellten Begriffe der Anrechnung im Widerspruche stehe. Denn nach ihm bezeichnen die Ausdrücke „Anrechnung und Einrechnung" sowohl nach dem Sprachgebrauche als nach dem Sinne des Gesetzes immer nur abziehen. Wie kann er nun hier, wo es sich um die Addition des Vorempfanges zur Verlassenschaftsmasse handelt, von einer Einrechnung in die Verlassenschaftsmasse sprechen? Vielmehr erscheint gerade diese Addition, sie möge offen oder auf eine verdeckte Weise, wie im §. 793 (was ich später nachweisen werde) vor sich gehen, nothwendig, um eine doppelte Einrechnung zu vermeiden, welche nach der von Gspan aufgestellten Anrechnungsart wirklich vor sich gehet. Denn nach selber wird einmahl der Vorempfang schon von jener Masse in Abzug gebracht, aus welcher der Pflichttheil, wenn die Vorausleistung nicht geschehen wäre, berechnet hätte werden müssen, und aus dieser Ursache fällt der Betrag des Pflichttheils schon geringer aus, als außerdem der Fall gewesen wäre, und dessen ungeachtet wird dann zum zweyten Mahle der ganze Vorempfang, von dem sich ohnehin durch die Vorausleistung verminderten Betrage, neuerdings in Abrechnung gebracht.

Was würde wohl der Concurs=Gläubiger dazu sagen, wenn der Verwalter der Masse den ihm gegen Anrechnung an seinen seiner Zeit aus der Masse zukommenden Betrag ge=

leisteten Vorschuß bey Ausmittelung des ihm gebührenden Betrages unberücksichtiget lassen, und diesen nur nach Maß der dem Verwalter nach Abzug dieses Vorempfanges verbliebenen Masse berechnen, und ihm von der hiernach ausfallenden Quote den ganzen Vorempfang wieder in Abrechnung bringen wollte? würde er nicht mit vollem Rechte behaupten, daß ihm ein doppelter Abzug geschehe, nämlich a) bey Ausmittelung seiner Gebühr selbst, und b) dann wieder bey der wirklichen Zutheilung derselben.

Dann wird

c) gesagt, daß der §. 765 d. b. G. B. den Pflichttheil nur auf die Hälfte desjenigen Betrages festsetze, was dem Kinde nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, der gesetzliche Erbtheil des Kindes aber nur aus der Verlassenschaft, nicht aber mit der Summe derselben und den Anrechnungsposten zufalle, weil die Erbschaft (§. 532 d. b. G. B.) entweder die ganze Verlassenschaft oder ein in Beziehung auf die ganze Verlassenschaft bestimmter Theil sey. Diese Bemerkung scheint mir auch aus allen noch der gewichtigste Einwurf zu seyn, der gegen die Hinzuschlagung des Empfangenen zur Verlassesmasse, insoweit es sich um die Ausmittelung des Pflichttheiles handelt, gemacht werden kann.

Allein der §. 765 leidet für jeden Fall einige Beschränkungen. Denn, wenn man diesen Paragraph ohne Rücksichtnahme auf andere gesetzliche Anordnungen in Ausübung bringen wollte, so würde daraus folgen, daß bey Ausmitrlung des Pflichttheiles auch Vermächtnisse von der Summe, nach welcher der Pflichttheil berechnet wird, in Abzug kommen müssen, weil die Hinterlassung eines Codicils die gesetzliche Erbfolge nicht aufhebt. Setzen wir z. B., ein Vater hinterlasse zwey Kinder, und habe eine letztwillige Anordnung errichtet, in welcher er seiner Gattinn ein Legat von 10,000 fl. vermacht. Die Verlassenschaft bestehe in 30,000 fl. Wenn man nun bey den Worten des §. 765 stehen bleibt, so wäre in diesem Falle der Pflichttheil für jedes Kind 5000 fl. Denn die Hinterlassung

des Codicils hebt die gesetzliche Erbfolge der Kinder nicht auf, und sonach wird jedes Kind nach der gesetzlichen Erbfolge nur 10,000 fl. als gesetzlichen Erbtheil erhalten, von welchem die Hälfte pr. 5000 fl. der Pflichttheil wäre. Daß aber eine solche Berechnung nicht angehe, bestimmt der §. 768 d. b. G. B. ausdrücklich. Eine so deutliche Ausnahme von den Worten des §. 765 besteht zwar in Ansehung der Einrechnungsposten nicht, allein ich hoffe später aus dem §. 793 des b. G. B. klar zu erweisen, daß bey Beantwortung der Frage, wie groß die Erbtheile der Kinder seyen, im Falle der Anrechnung nicht die Erbschaftsmasse allein, sondern auch die Vorempfänge zur Grundlage dienen müssen. Endlich

d) wird gesagt, daß das Kind, welches einen Vorempfang erhält, Eigenthümer desselben werde, und es sohin die Masse mit fremdem Vermögen vergrößern hieße, wenn man diesen Vorempfang zur Masse hinzuzählen würde. Allein diese Bemerkung könnte nur dann vom Gewichte seyn, wenn es sich um eine bare Hinzuschlagung des Vorempfanges zur Verlassenschaft handeln würde; eine solche wird aber nicht behauptet. Die bloße rechnungsmäßige Hinzuschlagung des Vorempfanges zur Ausmittelung des Pflichttheiles berührt aber die Eigenthumsrechte des begünstigten Kindes auf den Vorempfang nicht. Uebrigens ist nicht zu befürchten, daß sich ein auf den Pflichttheil beschränktes, mit einem Vorempfange betheiltes Kind, dadurch beschwert finden werde, wenn durch Hinzuschlagung seines Vorempfanges zur Masse, diese mit seinem Vermögen vergrößert wird, indem die auf diese Art erzielte Vergrößerung der Masse nur ihm, und nicht den übrigen Theilnehmern zu Guten kömmt.

Die übrigen von Gspan aufgestellten Criterien der richtigen Anrechnungs-Methode sind theils nur consequente Folgerungen aus dem hier der Prüfung unterzogenen Prämissen, müssen daher mit diesem stehen oder fallen, theils finde ich dagegen, wenigstens vorläufig, nichts zu erinnern. Insbesondere wird aber der von ihm behauptete Satz, daß der §. 793 d. b.

G. B. bey der Anrechnung in den Pflichttheil niemahls, und besonders nicht bey Ausmittlung des Pflichttheiles in Anwendung gebracht werden dürfe, später näher beleuchtet werden.

III.

Prüfung der Behauptung, daß bey der gesetzlichen Erbfolge und der Erbfolge in den Pflichttheil ein jus repraesentationis nicht gesetzlich sey?

Aus dem Eingange der Abhandlung des Herrn Rathsprotokollisten Gspan über die Anrechnung in den Pflichttheil ist zu ersehen, daß dieselbe auf der von eben diesem Verfasser in einer früheren Abhandlung zu beweisen versuchten Behauptung gestützt sey, daß weder bey der gesetzlichen Erbfolge noch bey der Erbfolge in den Pflichttheil nach dem Geiste des bürgerlichen Gesetzbuches ein Vorstellungsrecht Platz greife. Obschon ich den Zusammenhang dieser Behauptung mit der von ihm aufgestellten Anrechnungsart nicht recht einsehe, so kann ich doch wegen des von ihm selbst angedeuteten Zusammenhanges auch diese Behauptung nicht ganz mit Stillschweigen übergehen. Indessen muß ich mich, um diese Abhandlung, bey der dieser Gegenstand nur nebenhin zur Sprache kömmt, nicht über die Gebühr auszudehnen, einer ausführlichen Erörterung desselben enthalten, und mich mit einigen Gegenbemerkungen begnügen.

Richtig ist es zwar, daß in dem bürgerlichen Gesetzbuche nirgends ausdrücklich bestimmt werde, daß den Abstämmlingen nur dann und insoweit ein Erbrecht gebühre, als dasselbe ihren früher verstorbenen Aeltern zugestanden wäre, doch zeigen einzelne Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches, daß selbes stillschweigend demselben zu Grunde liege. Diese Stellen sind die von ihm selbst citirten §§. 551, 734, 779 und 790.

Der §. 551 bestimmt, daß die gültige Verzichtleistung auf das Erbrecht auch auf die Nachkommen wirke. War es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, daß die Nachkommen

eines zur Erbschaft vom Gesetze Berufenen, aus eigenem Rechte zur Verlassenschaft als Erben eintreten sollen, — so läßt sich wohl schwer begreifen, wie die Verzichtleistung ihrer Vorfahren auf ihr eigenes Recht, — auch auf das ihnen fremde Recht ihrer Nachkommen wirken soll.

Daß der §. 541 eine aus der allgemeinen Regel abgeleitete Bestimmung, der §. 551 eine Ausnahme dieser allgemeinen Regel seyn soll, läßt sich füglich nicht annehmen. Denn es läßt sich sehr gut erklären, warum der Gesetzgeber in einzelnen Fällen von der streng consequenten Durchführung des Satzes, daß die Nachkommen nur jure repraesentationis ihrer Vorfahren erben, Ausnahmen, und insbesondere, warum er in dem Falle des §. 540 eine Ausnahme gemacht habe, — man wird aber gewiß um die Gründe verlegen seyn, wenn man die im §. 551 vorkommende Bestimmung als Ausnahme von der Regel, daß die Enkeln und Urenkeln aus eigenem Rechte in die Verlassenschaft ihrer Groß- und Urgroßältern succediren, rechtfertigen sollte.

Daß die im §. 734 vorkommende Bestimmung, vermöge der die von jedem Kinde nachgelassenen Enkel, und die von jedem Enkel nachgelassenen Urenkel nie mehr und nie weniger erhalten, als das verstorbene Kind oder die verstorbenen Enkel erhalten hätten, wenn sie am Leben geblieben wären, nicht von der Quota allein, sondern von dem numerären Quantum verstanden werden müsse, läßt sich aus der Vergleichung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches mit dem westgalizischen, als dem Entwurfe des ersteren, nachweisen. Denn der §. 538, II. Thl. dieses Gesetzes, enthält eine mit dem Wortlaute des §. 734 des gegenwärtigen Gesetzbuches ganz gleichlautende Bestimmung, und sohin muß auch beyden ein gleicher Sinn unterlegt werden. Nun bestimmt aber der vorhergehende §. 535 des westgalizischen Gesetzbuches, daß einem Kinde dasjenige, was es zum Heirathsgute, zur Aussteuer, oder zur Einrichtung seiner eigenen Haushaltung im Voraus erhalten hat, bey der Zumessung seines Erbtheiles in Rechnung gebracht

werden müsse, es wird also ein solches Kind um diesen Betrag weniger erhalten, als seine Geschwister, die von solchen Gaben noch nichts erhielten. Bey der Anordnung des §. 538, daß die Enkel und Urenkel nie mehr und nie weniger erhalten, als das verstorbene Kind oder der verstorbene Enkel erhalten hätte, sind also auch die Conferirungs-Posten sicherlich berücksichtiget worden, die Conferirungs-Posten haben aber nicht auf die Quote, sondern nur auf das Quantum des Erbtheiles Einfluß. Der Ausdruck aber, daß die Enkel und Urenkel nie mehr und nie weniger erhalten sollen, läßt nicht zu, diese Vorschrift gerade auf den Umstand zu beschränken, wenn das Kind oder der Enkel dergleichen Conferirungsposten erhalten hat, sondern faßt alle Umstände in sich, welche den Erbtheil des verstorbenen Kindes oder Enkels verringert oder vergrößert hätten. Hätte daher dieses Kind oder dieser Enkel wegen seiner Erbunfähigkeit gar keinen Erbtheil zu erhalten, so können auch seine Nachkommen, da sie nie mehr als der verstorbene Vorfahr erhalten sollen, auch auf einen Erbtheil keinen Anspruch machen.

Der §. 779 sagt ganz deutlich, daß die mit Stillschweigen übergangenen Abstämmlinge in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle des Kindes treten. Dieser Paragraph kann doch nicht leicht anders, als von einem Repräsentations-Rechte verstanden werden. Denn würde man einem solchen Nachkömmlinge eines mit Stillschweigen übergangenen Kindes, das aus der im §. 782 aufgeführten Ursache auf keinen Erbtheil einen Anspruch zu machen hätte, einen solchen Erbtheil zuerkennen, so könnte man unmöglich sagen, daß dieser Nachkömmling an die Stelle des verstorbenen Kindes trete.

Noch entscheidender spricht aber der §. 790 für ein Vorstellungsrecht. Denn sowohl der materielle Inhalt dieses Paragraphes, als die Form, in der er abgefaßt ist, deuten klar auf ein Vorstellungsrecht hin. Denn nur aus der Ansicht, daß der Enkel jure repraesentationis seiner Aeltern zur Erbschaft gelangt, läßt es sich erklären, daß er sich auch dasje-

nige anrechnen lassen müsse, was seine Aeltern an anrechnungspflichtigen Vorausgaben erhalten haben; denn würde er aus eigenem Rechte succediren, wie könnte ihm wohl dasjenige in seinem Erbtheil eingerechnet werden, was seine Aeltern als fremde Personen erhalten haben? Die Worte: an deren Stelle er tritt, zeigen auch deutlich an, daß der Enkel in Beziehung auf das Erbrecht überhaupt nur die Stelle seiner Aeltern vertrete, oder deuten zugleich den Grund an, der den Gesetzgeber zur Erlassung dieser Anordnung bewogen hat. Daß der Gesetzgeber diesen Beysatz deßwegen gemacht haben sollte, um die Personen zu bezeichnen, deren Vorempfänge sich die Enkel anrechnen lassen müssen, kann nicht angenommen werden, da dieselben durch den Ausdruck „seine Aeltern" so deutlich bezeichnet sind, daß hierüber nicht der mindeste Zweifel obwalten kann, welche Personen unter denjenigen verstanden werden, deren Vorempfänge sich der Enkel anrechnen lassen muß. Sehr sonderbar erscheint aber die Behauptung, daß der §. 790 nur von einer pars quota spreche, denn ist wohl der Vorempfang, oder der Rest, der sich nach Abzug des Vorempfanges von dem gesetzlichen Erbtheile ergibt, ein pars quota?

Die weitere Bemerkung, daß man sich mit den Anordnungen der §§. 541 und 780 des b. G. B. in einen Widerspruch setzen würde, wenn man die §§. 779 und 790 so auslegen wollte, als ob selbe ein Vorstellungsrecht ausdrückten, dünkt uns gleichfalls von keinem Gewichte. Denn was den §. 541 anbelangt, so drückt er nur eine besondere Anordnung, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel aus, wie vorhin bemerkt worden ist; und was den §. 780 anbelangt, so ist derselbe, wie ich in meiner Abhandlung über den Pflichttheil und in meinen Erläuterungen des bürgerlichen Gesetzbuches durch mehrere Gründe zu beweisen suchte, welche jedoch Herr Gspan ganz unberücksichtigt gelassen hat, nur dahin zu verstehen, daß die Abstämmlinge eines in dem letzten Willen ausdrücklich enterbten, aber vor dem Erblasser verstorbenen Kindes für keinen Fall mehr als den Pflichttheil zu verlangen be-

rechtiget sind, während die Abstämmlinge eines nur mit Stillschweigen übergangenen Kindes sich in den Fällen der §§. 777 und 778 mit diesem zu begnügen nicht bemüssiget sind.

Was die Anfechtung meiner für die Behauptung, daß die Enkel nur aus dem Vorstellungsrechte ihrer Aeltern auf einen Pflichttheil Anspruch haben, angeführten Gründe betrifft, so muß ich vor Allem bemerken, daß die Gegner, gegen welche ich diese Behauptung zu begründen bemüht war, das Vorstellungsrecht der Enkel in Beziehung auf den Intestat-Nachlaß ihrer Großältern überhaupt gar nicht in Zweifel zogen, sondern selbes selbst als ausgemacht voraussetzten. Ich hatte also gar keinen Grund, vorerst dieses Vorstellungsrecht überhaupt zu erweisen, sondern mein Ziel konnte nur seyn, die Ausdehnung dieses allgemein als richtig vorausgesetzten Vorstellungsrechtes auch auf die Nachfolge der Enkel in dem Pflichttheil zu zeigen. Wenn ich mich übrigens dahin ausdrückte, daß die Wesenheit des Vorstellungsrechtes sich eben darin begründe, daß der spätere Descendent eben den Erbtheil erhält, welchen sein verstorbener Ascendent erhalten haben würde, wenn er noch am Leben gewesen wäre; so habe ich dabey den Wortlaut des §. 734 berücksichtiget, und unter Erbtheil nicht gerade die pars quota, sondern den numerären Antheil verstanden, den die Aeltern des späteren Descendenten zu erhalten gehabt hätten; — ich habe den Ausdruck „Erbtheil" in der weiteren Bedeutung genommen, wie er vom Gesetzgeber selbst im Eingange des §. 535 angewendet wird. — In diesem Sinne finde ich aber den Schluß: Der spätere Descendent bekommt den nämlichen Erbtheil, welchen sein verstorbener Ascendent erhalten haben würde, — folglich bekömmt er gar keinen Erbtheil, wenn der Ascendent von einem solchen ausgeschlossen gewesen wäre, — keineswegs logisch unrichtig, und von einer Verwechslung der Wirkung mit der wirkenden Ursache, der Folge mit dem Grunde, ist hier keine Rede.

Gegen den von mir angeführten Grund, daß, wenn die Enkel aus eigenem Rechte auf einen Pflichttheil Anspruch hätten,

es sich nicht absehen ließe, warum gerade der Tod ihrer Aeltern immer früher eingetreten seyn müsse; wird der Beweis geführt, daß die Enkel nach Vorschrift des bürgerl. Gesetzbuches wirklich nicht früher als nach Ableben ihrer Aeltern einen Anspruch auf einen Pflichttheil von Seite ihrer Großältern zu machen haben. Daran hat noch Niemand gezweifelt. Allein die Frage ist die: durch welche Gründe und Ansichten der Gesetzgeber wohl bestimmt worden seyn konnte, das Recht der Enkel, einen Pflichttheil von den Großältern zu verlangen, an den Tod der Aeltern der Letztern zu knüpfen, wenn es seine Absicht gewesen wäre, daß die Enkel aus eigenem Rechte Anspruch auf einen Pflichttheil haben sollen? Höchstens könnte man darauf antworten, daß der Gesetzgeber den Erblasser nicht mit doppeltem Pflichttheile belasten wollte; allein dieser Fall tritt nicht ein, wenn die Aeltern aus was immer für einer Ursache von dem Pflichttheile ausgeschlossen sind.

Uebrigens ließe es sich geschichtlich nachweisen, daß die Erbfolge in Stämmen, wie sie das bürgerliche Gesetzbuch bey den entfernteren Descendenten anordnet, immer in innigster Verbindung mit dem Repräsentations-Rechte gedacht worden ist.

Ich habe hier gerade nur die Erbfolgeordnung Carl des Sechsten, Erzherzogs zu Oesterreich rc. rc., für das Erzherzogthum Oesterreich ob der Enns bey Händen.

Die Artikel IV — VI, zweyte Titel derselben lauten:

„Gehet eine Person mit Tod ab, und verlaßt einen oder mehr eheleibliche Söhne am Leben, und neben denenselben auch Enkel von einem oder mehr abgeleibten Söhnen, so tretten solche Enkel in ihren Vatter Fußstapfen, und erben neben denen Söhnen in die Stammen, das ist so viel, als ihren Vättern, wenn sie den Erb Fall erlebet, gebühret hätte.

„Gleicher Gestalt wird es mit denen Ur-Enkeln gehalten, als, wenn der Verstorbene hinter ihrem Sohne an einem, und Urenkeln am andern Theil verlasset, so tretten die Ur-Enkeln auch in ihrer Vätter Fuß-Stapfen, und erben samentlich

nicht mehr, noch weniger, dann so viel ihrem Vater zugestanden wäre."

„Stirbt einer und verlast keinen Sohn, sondern allein Enkel von mehr Söhn herrührend, so sie schon im gleichen Grad seynd, erben sie doch nicht nach Anzahl der Personen, sondern nach Stammen-Recht; und tretten in ihr Mutter-Fuß Stapfen, also daß sie, wie viel auch der Personen einer Seits mehrer, als der andern seynd, von solcher Erbschaft gleichmässige Theile bekommen.

Wem kann hier wohl die Aehnlichkeit dieser gesetzlichen Bestimmungen mit den §§. 733 und 734 des a. b. G. B. vorkommen?

Dabey muß ich bemerken, daß dieser zweyte Titel der vorne angeführten Erbfolgeordnung eben so wenig als das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch von einem Repräsentations-Rechte eine ausdrückliche Erwähnung mache, und daß sich daher auch alle von Gspan angeführte Gründe, auch die citirten Paragraphe der gedachten Erbfolgeordnung, insofern aus demselben auf ein Repräsentations-Recht gefolgert wird, anführen lassen.

Daß aber durch die obigen §§. 4—6 wirklich ein Repräsentations-Recht ausgedrückt worden, beweiset nebst mehreren nachfolgenden Paragraphen gleich der §. 3 des fünften Titels, welcher von den Erbschaften in aufsteigender Linie handelt. Denn dieser lautet dahin:

„Stirbt ein Kind und verlast einer Seiten allein seinen Vater und auf der andern Seiten seinen Mütterlichen An-Herrn oder An-Frauen; wie auch, da er einer Seits allein seine Mutter und auf der anderen Seiten seinen Vätterlichen An-Herrn oder An-Frauen verließe, so schliesset solcher Vater oder Mutter den An-Herrn, oder An-Frauen von der Erbschaft gänzlich aus, dergestalt, daß dießfalls das Jus Repraesentationis nicht Statt haben; das ist, der An-Herr oder An-Frau in ihrer verstorbener Kinder Fuß-Stapfen nicht treten: sondern der nächste im Blut, der nächste zum Gut seyn solle."

Uebrigens ist der Satz, daß Enkel jure repraesentationis erben, durch eine erst neuerlich unterm 13. July 1835 erfolgte allerhöchste Entschließung außer allem Zweifel gestellt, indem dadurch angeordnet wird, daß bey Bestimmung der Erbsteuer-Verbindlichkeit nur die Erbtheile der einzelnen Köpfe in Betracht zu ziehen seyn, vorausgesetzt, daß den jure repraesentationis eintretenden Erben die Erbschaft unmittelbar zufällt.

IV.

Uebergang zur Beantwortung der Frage, welche Anrechnungs-Methode die wahre sey?

Wenn man den von Gspan aufgestellten Begriff der Anrechnung, den ich, wie bereits gesagt, für vollkommen richtig ansehe, — sich vor Augen hält, — so ergibt sich, — daß die Schwierigkeit bey Beantwortung der obigen Frage nicht eigentlich unmittelbar in der Anrechnung selbst, — sondern in Bestimmung der Quantität des Pflichttheiles als derjenigen Größe liege, von welcher der Vorempfang in Abzug zu bringen ist.

Zur Auffindung der Größe desselben soll nun gegenwärtige Erörterung dienen:

Der §. 765 des b. G. B. sagt: Als Pflichttheil bestimmt das Gesetz jedem Kinde die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, und der §. 766: In der aufsteigenden Linie gebührt jedem Notherben als Pflichttheil ein Drittheil dessen, was er nach der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde. Der Pflichttheil ist sohin für jedes Kind die Hälfte und für jeden Ascendenten der Drittheil seines gesetzlichen Erbtheiles. Ist man daher in Ansehung der Bestimmung des gesetzlichen Erbtheiles einig, dann kann auch die Frage, worin der Pflichttheil bestehe, nicht mehr zweifelhaft seyn.

Auf dieser Ansicht beruhet im Wesentlichen auch die von dem leider für die Ausbildung der österreichischen Rechtswissenschaft viel zu früh verstorbenen Regierungsrathe und Professor Vincenz August Wagner aufgestellte Anrechnungsart, und

ohne Zweifel ist es auch diese richtige Ansicht, welche demselben die meisten Bekenner seiner Anrechnungs-Methode verschafft hat.

Der Hauptirrthum seiner Anrechnungsart liegt aber nach meiner Ueberzeugung darin, daß er diejenigen Beträge, welche in Folge der nach der Anordnung des §. 793 des b. G. B. vorgenommenen Anrechnung, den einzelnen Kindern wirklich aus der Verlassenschaftsmasse zugetheilt werden, als die gesetzlichen Erbtheile dieser Kinder angesehen hat. Daß aber dieses irrig sey, hoffe ich durch nachfolgende Bemerkungen zu erweisen:

a) Ordnet der §. 732 d. b. G. B. ausdrücklich an, daß, wenn der Erblasser eheliche Kinder des ersten Grades hat, ihnen die ganze Erbschaft zufalle, und die mehreren Kinder die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Theile theilen. Von dieser Anordnung hat der Gesetzgeber in dem Falle der Anrechnung keine Ausnahme gemacht, sondern nur angeordnet, daß der Vorempfang dem früher begünstigten Kinde in seinen Erbtheil, welcher nach der Disposition des §. 732 dem der übrigen Kinder ganz gleich seyn muß, eingerechnet werde. Dem mit einer Vorausgabe versehenen Kinde soll daher nach diesen gesetzlichen Bestimmungen aus dem Titel seines Erbrechtes eben so viel, wie jedem der übrigen Kinder gebühren, nur bey der Vertheilung der wirklich vorhandenen Erbmasse unter dieselben, soll ihm dieser Vorempfang an seine Gebühr eingerechnet werden. Nach der Anrechnungsart Wagner's fallen aber im Falle der Anrechnung die Erbtheile der Kinder bey der gesetzlichen Erbfolge sehr verschieden aus.

b) Nach §. 535 des b. G. B. besteht ein Erbtheil (im engeren Sinne) immer nur in einer Quote der Verlassenschaft, nicht aber in einer Summe. Nach der Ansicht, die der Wagner'schen Berechnungsart zum Grunde liegt, kommen aber im Falle der Anrechnung keine Quoten, sondern nur einzelne Summen als die gesetzlichen Erbtheile der Kinder zum Vorscheine.

c) Der §. 649 des b. G. B. ordnet an, daß die Vermächtnisse der Erben nach Maß ihres Erbtheiles zur

Last fallen. Da nun nach der obberührten Ansicht im Falle der Anrechnung bey der gesetzlichen Erbfolge ganz ungleiche Erbtheile zum Vorscheine kommen, so würde daraus auch folgen, daß in einem solchen Falle, wo Legate aus der Verlassesmasse zu geben sind, die Kinder ganz ungleiche Beträge zur Berichtigung der Legate zu leisten hätten, was doch gewiß Niemand behaupten wird.

Endlich

d) Steht die Ansicht Wagner's mit dem oben aufgestellten Begriffe der Anrechnung im Widerspruche. Denn zufolge derselben erhält das mit einem Vorausempfange betheilte Kind zwar einen kleineren Erbtheil als die übrigen, aber es erhält diesen Erbtheil ganz, ohne daß ihm der Vorempfang in denselben eingerechnet wird.

Nimmt man dagegen an, daß im Falle der Anrechnung der gesetzliche Erbtheil derjenigen Kinder, welche bereits Vorempfänge erhalten haben, nicht in demjenigen Betrage allein bestehe, welchen diese Kinder wirklich aus der Verlassenschaftsmasse noch erhalten, sondern in der Summe beyder Beträge, nämlich des Vorempfanges und desjenigen Betrages, den sie nach der im §. 793 bestimmten Anrechnungsart noch wirklich aus der Verlassenschaft erhalten, so weicht man allen den hier berührten Widersprüchen und Unzukömmlichkeiten gänzlich aus. Denn

a) wird daraus ersichtlich, daß auch im Falle der Anrechnung die Erbtheile der Kinder ganz gleich seyen;

b) daß diese Erbtheile auch immer bestimmte Quoten, und zwar desjenigen Betrages seyen, welcher sich aus der Zusammenzählung des noch wirklich in der Masse Vorhandenen mit den Conferirungs-Posten ergibt;

c) werden auch hier die Legate immer von den einzelnen Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile entrichtet, wobey es sich jedoch von selbst versteht, daß in dem Falle, als der jedem einzelnen Erben zur Last fallende Antheil größer wäre, als der Betrag desjenigen, was abgesehen von den Vermächt-

nissen der mit einem Voremptange betheilte Notherbe [1]) noch aus der Verlassenschaft zu erhalten hätte, der Rest unter die übrigen Kinder zu vertheilen komme, weil das mit einem Vorempfange betheilte Kind zu keiner Erstattung angehalten werden kann. Darum werden auch in der Praxis, obschon dieses im Gesetze nirgends ausdrücklich angeordnet ist, die Legate immer noch vor Ausmittlung der gesetzlichen Erbtheile in Abzug gebracht, weil wirklich nur auf diese Art und Weise die Beytragsleistung der einzelnen Erben ganz nach dem Sinne und Geiste des Gesetzes erzielet wird; vorausgesetzt, daß dadurch das Recht auf den Pflichttheil, welcher nach §. 786 ohne Rücksicht auf Vermächtnisse zu berechnen ist, nicht verkürzt wird. Endlich wird

d) dadurch der Begriff der Anrechnung, wie er von Gspan aus der etymologischen Bedeutung des Wortes und aus mehreren Gesetzesstellen außer Zweifel gesetzt wurde, ganz beybehalten, denn es zeigt sich aus der im §. 793 festgesetzten Anrechnungsart, daß denjenigen Kindern, welche Vorempfänge erhalten haben, bey der Zutheilung der Verlassenschaft genau derjenige Betrag von ihrem Erbtheile in Abzug gebracht werde, welchen das Gesetz in dem Erbtheil einzurechnen befiehlt.

Nach den von Gspan seiner Anrechnungsart zu Grunde gelegten Behauptungen und Begriffen werden wir die berührten Unzukömmlichkeiten vermeiden; denn da nach ihm der gesetzliche Erbtheil jedes Kindes $= \frac{M}{n}$ ist, so erhält jedes Kind einen gleichen Theil als Erbschaft; auch besteht dieser Erbtheil immer in einer bestimmten Quota. Dafür treten aber andere Unzukömmlichkeiten ein. — Denn nach ihm erhält das noch mit keinem Vorempfange betheilte Kind mehr als seinen gesetzlichen Erbtheil, und zwar, wie er sich Seite 33 äußerte, aus dem Titel der Einrechnung. Allein das

[1]) Mit Rücksichtnahme auf seinen Pflichttheilsanspruch §. 786.

Gesetz kennt nur drey Titeln, aus welchem Jemand einen Theil der Verlassenschaft in Anspruch nehmen kann, nämlich den des Erbrechtes, des Vermächtnisses und den einer wirklichen Forderung. Ferner ergibt sich aus seiner Behauptung, daß das mit einem Vorempfange betheilte Kind nicht den ganzen ihm gebührenden Erbtheil aus der Verlassenschaftsmasse erhält, sondern daß es sich zur Ergänzung desselben einen Theil seines Vorempfanges zu demjenigen, was er aus der Verlassenschaft noch wirklich erhält, hinzuschlagen lassen müsse, um sein Erbtheil zu ergänzen. Dieß scheint ein großer Mißstand zu seyn. Denn in diesem Falle hätte zwar ein Theil des Vorempfanges die Eigenschaft eines Erbtheiles, der andere aber nicht. Diese Theilung der rechtlichen Natur des Vorempfanges läßt sich doch gewiß am wenigsten rechtfertigen. Auch würde, wenn seine Ansicht richtig wäre, bey Entrichtung der Legate nicht immer, jedoch in manchen Fällen sich ein Anstand ergeben. Denn nehme man an, daß bey der gesetzlichen Erbfolge sechs Kinder vorhanden wären, von welchen bereits vier, und zwar jedes derselben 3000 fl. als eine anrechnungspflichtige Gabe erhalten haben; die Verlassenschaft betrage 6060 fl. Nach seiner Ansicht hätte nun zwar jedes der beyden nicht betheilten Kinder 3010 fl. — jedoch nur 1010 fl. — als gesetzlichen Erbtheil, den Rest pr. 2000 fl. aber in Folge der Einrechnung zu erhalten. Setzen wir nun den Fall, daß die Verlassenschaft pr. 6060 fl. — noch mit einem Legate pr. 2500 fl. — beschwert wäre. Wer soll dieses Legat nun entrichten? Der §. 649 antwortet hierauf, die Erben nach Maß ihres Erbtheiles. Da nun die Erbtheile der noch nicht betheilten Kinder zusammen nur 2020 fl. betragen, und die mit Vorempfängen betheilten Kinder nur zur Entrichtung der ihnen aus der Verlassenschaft wirklich noch zukommenden 40 fl. verhalten werden können, so entsteht die Frage, wer die übrigen 440 fl. bezahlen solle? oder ob sich der Vermächtnißnehmer diesen Verlust gefallen lassen müsse?

Es wäre nun erwiesen, daß im Falle einer Anrechnung

das Gesetz in Beziehung auf das mit einem Vorausempfange betheilte Kind denjenigen Betrag als den gesetzlichen Erbtheil ansehe, welcher sich entziffert, wenn man den Vorempfang zu jenem Betrage addirt, den das im Voraus betheilte Kind noch erhält, und da die ganze Erbschaft gleich ist der Summe der einzelnen Erbtheile, so ergibt sich, daß, wenn es sich um die Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil handelt, zur Bestimmung des Betrages der Erbschaft die Conferirungs-Posten, insofern sie das im §. 793 bestimmte Maß nicht überschreiten, zur reinen Verlassenschaftsmasse hinzugeschlagen werden müssen.

Zur Ausmittlung des gesetzlichen Erbtheiles eines solchen mit einem Vorempfange versehenen Kindes ist daher immer eine Hinzuschlagung des Vorempfanges unumgänglich erforderlich, und es kann diese Hinzuschlagung auf eine zweyfache Art geschehen. Es kann nämlich, im Falle mehrere Kinder vorhanden sind, (und diese müssen vorhanden seyn, wenn von einer Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil die Rede ist, weil außerdem Niemand vorhanden ist, mit dem das Kind, das die Erbschaft als solches zu theilen hat), der Betrag, den ein solches Kind noch zu erhalten hat, auf die im §. 793 des b. G. B. bestimmte Art und Weise ausgemittelt werden, nachdem mit Zuzählung seines Vorempfanges sich sein gesetzlicher Erbtheil entziffert, oder man kann in der Voraussetzung, daß der bereits Empfangene den auf diese Art entfallenden Erbtheil nicht übersteigt, den Vorempfang gleich zur ganzen Masse hinzuschlagen, und diese sodann mit der Anzahl der Kinder dividiren, durch welch letztere Operation ein mit obigem ganz gleiches Resultat erzielet wird, daher es auch in der obigen Voraussetzung ganz gleichgültig ist, ob die mit Anrechnung in den gesetzlichen Erbtheil von den Abhandlungsbehörden auf die im §. 793 bestimmte Art und Weise, oder dadurch vorgenommen wird, daß selbe den Vorempfang zur ganzen reinen Verlassenschaftsmasse hinzurechnen, diese sodann in so viele Theile theilen, als Kinder vorhanden sind, und den Vorem-

pfang bey der wirklichen Zutheilung an das früher begünstigte Kind wieder in Abrechnung bringen. Denn in beyden Fällen wird eine Gleichheit der Kinder unter sich erzielet, und darum kömmt selbst im gemeinen Leben, wo es sich um eine dergleichen Ausgleichung handelt, diese doppelte Anrechnungsart selbst häufig vor.

Wer die Hinzuschlagung des Vorempfanges zu dem Activstande der Verlassenschaft zum Zwecke der Ausmittlung des gesetzlichen Erbtheiles oder Pflichttheiles immer noch anstößig finden sollte, den bitte ich, die Seite 248 der Justiz-Gesetz-Sammlung vom Jahre 1821 — 1825 aufzuschlagen, er wird da ein von der Gesetzgebung selbst entworfenes Formular einer Theilungs-Urkunde finden, in welchem das von der Tochter Theresia erhaltene Heirathsgut pr. 3000 fl. — der Activmasse der Verlassenschaft zugeschlagen erscheint, und worin, nachdem auf diese Art die eigentlich reine (wie sich das Formular ausdrückt) unter die Erben gleich zu vertheilende Masse ausgemittelt wurde, — jedem aus den Erben ein gleicher Erbtheil mit 4225 fl. — ausgewiesen wird, obgleich in dem Seite 244 vorkommenden Formulare eines Inventars ebenfalls für die Conferirungs-Posten keine Rubrik eröffnet ist.

Bevor aber eine solche Hinzuschlagung der Anrechnungspost zu dem Activstande geschehen kann, ist erforderlich, daß man vorerst den Betrag des Vorempfanges jedem Kinde zutheile, oder was Eines ist, den Vorempfang mit der Anzahl der noch nicht betheilten Kinder multiplicire, um daraus zu ersehen, ob die Verlassenschaft hinreiche, jedes Kind mit dem nämlichen Betrage zu betheilen, weil das im Voraus begünstigte Kind für keinen Fall zu einer Erstattung verhalten werden kann, und aus dem Formulare keineswegs zu schließen ist, daß der Gesetzgeber durch dasselbe die Hinzuschlagung der Conferirungs-Post für jeden Fall habe anbefehlen wollen; indem es am Schlusse des §. 48, wo auf dieses Formular hingedeutet wird, ausdrücklich heißt, daß es dem vernünftigen Ermessen der Abhandlungsbehörde überlassen bleibe, auf welche

Art in jedem einzelnen Falle nach den Umständen das Instrument auf die kleinste und faßlichste Art einzurichten sey.

Da nun der gesetzliche Erbtheil eines Kindes in allen jenen Fällen, wo es sich um eine Anrechnung handelt, unter der Voraussetzung, daß das Empfangene den gesetzlichen Erbtheil nicht übersteigt, wovon sich früher nach der Andeutung des §. 793 zu überzeugen ist, was aber nach der Natur der Sache bey einem einzigen Notherben nie eintreten kann, gleich ist der Masse, welche mit Hinzurechnung des Vorempfanges durch die Anzahl der Kinder dividirt wird, oder dieses in einer algebraischen Formel dargestellt, der Erbtheil $= \frac{M + E}{n}$ ist, so ist der Pflichttheil auch immer $= \frac{M + E}{2n}$, weil dieser die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles ist.

Somit glaube ich nun, die Richtigkeit meiner, gleichfalls auf alle Fälle anwendbaren Anrechnungs-Methode, wie ich sie in meiner Abhandlung über den Pflichttheil aufgestellt habe, und die durch die Formel $\frac{M + E}{2n} - E$ kurz dargestellt ist, gegen alle Anfechtungen gesichert zu haben.

Wir sind wohl Alle darüber einig, daß das Gesetzbuch in keiner Stelle ausdrücklich bestimmt habe, wie auf eine Weise die Anrechnung in den Pflichttheil zu geschehen habe. Für einen solchen Fall aber ordnet der §. 7 des b. G. B. ausdrücklich an, daß auf ähnliche in dem Gesetze bestimmt entschiedenen Fällen, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze, Rücksicht genommen werden müsse.

Sind nun bey der gesetzlichen Erbfolge zwey Kinder vorhanden, so ist nach §. 732 die Erbschaft zwischen ihnen in zwey gleiche Theile zu theilen, wovon das eine Kind die eine Hälfte, und das andere die andere Hälfte erhält.

Ein ganz gleicher Fall ist dann vorhanden, wenn nur ein Kind bey Leben ist, dasselbe von dem Erblasser auf den

Pflichttheil eingesetzt, und zur übrigen Verlassenschaft ein anderer Erbe ernannt ist. Denn da nach §. 763 das Gesetz jedem Kinde die Hälfte dessen als Pflichttheil bestimmt, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, so wird auch in diesem Falle die Erbschaft in zwey Hälften getheilt, wovon die eine Hälfte das Kind, die andere der eingesetzte Erbe erhält.

Hat im ersteren Falle ein Kind bey Lebzeiten des Erblassers eines der in dem §. 788 aufgezählten Gaben erhalten, so ist ihm dieselbe nach §. 790 in seinem gesetzlichen Erbtheil einzurechnen; das Nämliche hat auch nach §. 788 zu geschehen, wenn im letzteren Falle das auf den Pflichttheil beschränkte Kind eine solche Gabe erhalten hat.

Die Art und Weise, wie im ersten Falle die Anrechnung zu geschehen habe, ist im §. 790 klar ausgesprochen, nämlich dergestalt, daß vor der Theilung dem noch nicht begünstigten Kinde ein dem Vorempfange gleicher Betrag aus der Masse zugemessen, dann aber der Ueberrest zwischen beyden Kindern gleich getheilet wird. Da nun das Gesetz über die Anrechnung in den Pflichttheil keine eigene Vorschrift enthält; so muß wegen der offenbaren Aehnlichkeit der beyden hier berührten Fälle auch im letzteren Falle das Nämliche geschehen. Es muß daher vor Allen dem eingesetzten Erben ein dem Vorempfange gleicher Betrag aus der Masse zugemessen, der Ueberrest aber zwischen dem Kinde und dem eingesetzten Erben gleich getheilet werden.

Hätte der Erblasser mehrere Erben eingesetzt, und außer diesen selbst noch einige Vermächtnisse angeordnet; so macht dieses im Wesentlichen keinen Unterschied, weil diese mehreren Erben und Vermächtnißnehmer zusammen nur immer jenen Betrag in Anspruch zu nehmen haben, der in dem Falle, als nur Ein Erbe eingesetzt wäre, aus der Verlassenschaft zu fordern berechtiget ist. Es wird daher auch in diesem letztern Falle der Betrag des Vorempfanges diesen Theilnehmern zusammen aus der Verlaßmasse zugemessen, und dann der

Ueberrest zwischen ihnen, als eine einzige Person angesehen, und dem Kinde getheilt.

Sind mehrere Kinder vorhanden, so bedarf es ohnehin keiner analogen Anwendung des §. 793, weil in diesem Falle der für jedes Kind entfallende gesetzliche Erbtheil genau ausgemittelt, und durch die Theilung desselben durch zwey, die Größe des Pflichttheils bestimmt wird, von der der Vorempfang in Abzug zu bringen ist.

Die Anwendung des Gesagten auf die verschiedenen Fälle, dann auf den Pflichttheil der Aeltern und die Anrechnung in demselben kann keinen Schwierigkeiten unterliegen; auch ist es nicht der Zweck dieser kurzen Abhandlung, die ganze Lehre der Anrechnung zu erschöpfen.

V.

Resultate meiner Anrechnungsart in den Nr. II. berührten Fällen.

Noch erübrigt mir, zu zeigen, daß meine Anrechnungsart in den Nr. II. berührten Fällen solche Resultate zeige, gegen welche nichts Gegründetes eingewendet werden kann.

Da ich die anrechnungspflichtigen Gaben als bloße Vorschüsse ansehe[1]), die auf Rechnung des gesetzlichen Erbtheiles oder des Pflichttheiles gegeben würden, wofür selbst der Wortlaut des §. 789 d. b. G. B. spricht, so folgt, daß Derjenige, der bereits eine solche anrechnungspflichtige Gabe, sohin einen Vorschuß auf seinen gesetzlichen Erbtheil oder Pflichttheil erhalten hat, dadurch, daß er sich des Erbrechtes unwürdig macht, seinen gesetzlichen Erbtheil nicht ganz verliere, weil er bereits einen Theil desselben erhalten hat, den er zurückzuerstatten keineswegs verpflichtet ist, daß sonach seine Erb-

[1]) Darum glaube ich auch meiner erstern Anrechnungs-Methode den Vorzug einräumen zu müssen, da sie die rechtliche Natur des Vorempfanges mehr ersichtlich macht.

unwürdigkeit nur auf denjenigen Betrag, den er noch zu erhalten hätte, von Wirkung seyn könne.

Daraus folgt, daß ein bereits mit einem solchen Vorschusse betheilter Notherbe auch im Falle seiner Erbunwürdigkeit bey Ausmittlung des gesetzlichen Pflichttheils mitgezählt werden müsse, und nur jener Betrag, den er über das bereits Erhaltene noch in Anspruch zu nehmen gehabt hätte, in die Masse einbezogen, und so behandelt werde, als wenn dieser Notherbe gar nicht vorhanden wäre.

Da nun in dem Nr. II. erzählten Falle der Sohn Anton, wenn er sich des Erbrechtes nicht unwürdig gemacht hätte, den Betrag von 12,500 fl. als Pflichttheil zu fordern gehabt hätte, er aber auf Rechnung dieses Pflichttheils wirklich schon 10,000 fl. im Voraus erhalten hat, so kann seine Erbunwürdigkeit ihm nur des Rechtes, den Rest von 2500 fl. aus der Verlassenschaftsmasse zu fordern, berauben, und es fallen sohin diese 2500 fl. der Masse zu, welche zwischen dem noch übrigen Notherben und dem eingesetzten Universalerben zu theilen sind. Die der Stiefmutter zugefügte Mißhandlung wird sohin die Folge nach sich ziehen, daß sich die Masse, welche nunmehr bloß zwischen der Stiefmutter und dem Sohne Anton zu theilen ist, um 2500 fl. vergrößere, und sohin die Hälfte mit 1250 fl. dem Sohne Joseph, die andere Hälfte mit 1250 fl. aber der Stiefmutter zufalle. Nur dadurch ist die auffallende Unzukömmlichkeit vermieden, daß die Erbunwürdigkeit des Sohnes Anton, die doch nur für ihn nachtheilige Folgen hervorbringen soll, gerade dem beleidigten Theile zum Nachtheile gereiche.

Eben so verhält es sich in dem Falle, als der Sohn Anton auf sein Erbrecht Verzicht geleistet hätte. Denn auch diese Verzichtleistung kann sich nur auf jenen Theil der Erbschaft beziehen, den er noch aus der Masse anzusprechen gehabt hätte. Wollte er selbst auf jenen Theil Verzicht leisten, den er bereits als Vorschuß erhalten hat, so müßte er diesen bar in die Masse zurückzahlen, wodurch wieder nur beyde übrigen Theile, nämlich der Sohn Joseph und die als Universalerbinn

eingesetzte Stiefmutter gewinnen würden, ohne daß darin die widernatürliche Folge hervorginge, daß durch die Verzichtleistung des Sohnes Anton auf sein Erbrecht sich die Dispositions-Fähigkeit des Vaters veringerte.

Eben so werden nach den Grundsätzen meiner Anrechnungs-Methode durch derley einem oder dem andern der Geschwister nicht übermäßig zugetheilten Conferirungs-Beträge, die übrigen an ihrem Pflichttheile nicht im mindesten verkürzt, und die Last der Anrechnungspflichtigkeit berührt dem Betheilten nicht mehr, als die Vorausgabe beträgt.

Sollte es mir gelungen seyn, einige der Leser von der Richtigkeit meiner Anrechnungsart zu überzeugen, oder selbst die endliche Lösung der vielfach besprochenen Streitsache herbeyzuführen, so kann ich mir dieses Verdienst nicht allein zurechnen, sondern muß dasselbe mit den Herrn Rathsprotokollisten Gspan theilen. Denn einen Theil des für meine Behauptung angeführten Beweises, daß nämlich die Anrechnung in den Pflichttheil nur in einem Abzuge der Conferirungs-Post von dem Betrage des Pflichttheiles bestehe, hat Er geliefert; und ich kann den Wunsch nicht unterdrücken, daß dieser theoretisch gebildete, talentvolle Praktiker, muthig in seinen Forschungen auf dem Gebiethe der Rechtslehre, und in der Mittheilung derselben fortfahre.

IX.

Welches ist das eigentliche vom Gesetze festgesetzte Criterium, wodurch sich der gemeine Mord von dem in der Straf-Imputation so sehr gemilderten Kindesmorde unterscheidet?

Vom

Herrn Dr. Hoborski,
Advocaten zu Tarnow in Galizien.

In dem Aprilhefte vorigen Jahrs erschien ein Criminalrechtsfall zur Erläuterung der §§. 117 und 122 des I. Theils des St. G. B., über das Verbrechen des Kindesmordes. Ich muß gestehen und der Herr Verfasser jenes Aufsatzes wird es mir unbekannter Weise vergeben, daß ich mit der darin aufgestellten Meinung derselben, insoweit solche den gesetzlichen Unterschied zwischen dem gemeinen Morde und dem eigentlichen Kindesmorde betrifft, nicht übereinstimme. Ohne meine Gegenmeinung Jemandem als untrüglich aufdringen, oder dem Herrn Verfasser den in diesem Aufsatze bewährten juridischen Scharfsinn absprechen und dessen wohlverdientem Ruhme nahetreten zu wollen, glaube ich, es wagen zu dürfen, diese meine Gegenmeinung öffentlich zu äußern und dieß um so mehr, da es sich in jenem Aufsatze um die genaue Abstufung zweyer Arten von Verbrechen einer Gattung handelt, welche nicht nur mit sehr verschiedenen Strafen sanctionirt sind,

sondern auch sogar nach der Zeit, auf die Beurtheilung ihrer Strafbarkeit oder Straflosigkeit selbst einen entscheidenden Einfluß haben; denn während die auf den gemeinen Mord verhängte Strafe durch die Verjährung nie ganz erlöschen kann, sondern bloß von der Todesstrafe auf eine zeitliche Kerkerstrafe gemildert wird, erlischt die Strafe des Kindesmordes nach Verlauf der Verjährungsfrist ganz. Diese wichtigen Rücksichten, die mir vor der Hand vorschweben, und besonders dem Criminal-Richter bey sich ergebenden Fällen vorschweben müssen, lassen keinen Zweifel übrig, daß die genaue Unterscheidung dieser beyden Arten des Mordes von großer Wichtigkeit ist und müssen zugleich auf die gegründete Vermuthung führen, daß der Criminal-Gesetzgeber die unterscheidenden Criterien derselben so genau festgesetzt haben müsse, damit der nach dem Worte und Sinne des Gesetzes urtheilende Richter dießfalls in keinen Zweifel versetzt werden könne. Indem der Herr Verfasser jenes Aufsatzes in seinen beurtheilenden Bemerkungen die Gründe zweyer verschiedener Meinungen vorträgt, und sich dann jener Meinung anschließt, für welche ihm triftigere Gründe zu sprechen scheinen, ohne jedoch die gegentheilige als ganz verwerflich zu erklären, gibt er deutlich zu erkennen, daß er seine Meinung nicht für absolut unumstößlich halte. Ich hingegen bin der innern festen Ueberzeugung, daß nach Maß der vorgetragenen factischen Umstände diese seine Meinung, insoweit sie die Bestimmung des Verbrechens der Dienstmagd Anna N. betrifft, gar keinen haltbaren Grund habe, und daß das von der befragten Inquisitinn begangene Verbrechen bey weitem kein Kindesmord, sondern ein bestellter gemeiner Mord sey. Folgende Gründe mögen meine Behauptung rechtfertigen:

I. In dem ganzen Strafgesetzbuche über Verbrechen sind die charakteristischen Merkmahle sowohl der einzelnen Gattungen von Verbrechen, als auch der Arten derselben so gewählt, daß sie in dem gewöhnlichen Wortverstande einer willkürlichen Auslegung von Seite des Richters gar nicht fähig sind, und dieß finde ich vorzüglich bey der Bestimmung des

Begriffs des Kindesmordes und dessen Unterscheidung von dem Begriffe des gemeinen Mordes.

Diese beyden mit sehr verschiedenen Strafgraden sanctionirten Verbrechen kommen darin überein, daß die Absicht auf die Vertilgung eines lebenden oder lebensfähigen menschlichen Wesens gerichtet ist; unterscheiden sich aber darin, daß die vorliegende Handlung beym Kindesmorde erstens von der Mutter selbst und zweytens bey der Geburt vollbracht worden seyn muß, während bey den andern Verbrechen die vertilgende Handlung entweder von einer andern, von der Mutter verschiedenen Person, oder aber zwar von der Mutter, jedoch nicht bey der Geburt verübt wird. Sonach sind die wesentlichen Charaktere eines Kindesmordes:

a) Eine lebensvertilgende Handlung, mit dem Vorsatze, zu tödten.

b) Eine Mutter als unmittelbar auf die Tödtung hinwirkendes Subject, und respective ein Kind als Object.

c) Der Zeitpunkt der Handlung, bey der Geburt.

Was das erste charakteristische Merkmahl ad a) anbelangt, so dürfte hierüber wohl Niemandem in irgend einer Beziehung ein Zweifel aufstoßen; wohl aber widerstreiten die beyden andern Merkmahle der Ansicht des Herrn Verfassers bedeutend.

Ich behaupte nämlich ad b), daß zur Darstellung des Begriffs des Verbrechens des Kindesmordes nothwendiger Weise ein von der Mutter unmittelbar selbst vollführter Act der beabsichtigten Tödtung ihres Kindes, oder eine von ihr selbst beschlossene Unterlassung des Geburtsbeystandes — also immer ein unmittelbares Hinwirken der Mutter auf das Kind erfordert werde, während der Herr Verfasser auch einen von einer dritten Person unmittelbar vollbrachten und von der Mutter bloß intellectuel veranlaßten Kindesmord zuläßt, und dabey die feine Unterscheidung macht, daß ein solcher Mord von Seite des Vollbringers als ein gemeiner Mord, von Seite der Mutter hingegen als ein Kindesmord erscheine.

Vor allem andern spricht für meine Behauptung das Wort des Gesetzes, denn es heißt im §. 122: „Gegen eine Mutter, die ihr Kind bey der Geburt tödtet oder durch absichtliche Unterlassung des bey der Geburt nöthigen Beystandes umkommen läßt ꝛc.“ Diese Worte deuten nun wohl offenbar auf ein unmittelbares Hinwirken der Mutter auf den Tod ihres Kindes hin, und unterscheiden sich gar wohl von jenen Worten, wodurch der Begriff des Mordes überhaupt dargestellt wird; indem der allgemeine Ausdruck: „Wer gegen einen Menschen auf eine solche Art handelt, daß dessen Tod daraus nothwendig erfolgt,“ jedes mögliche, auf Tödtung gerichtetes, unmittelbares oder mittelbares Hinwirken, folglich auch die Bestellung einer dritten Person hierzu umfaßt.

Wenn es nun wahr ist, daß bey Beurtheilung eines Verbrechens, das Wort und der klare Sinn des Gesetzes zu berücksichtigen ist, und von einer ausdehnenden Auslegung eines Gesetzausdruckes im Criminal-Verfahren keine Rede seyn könne, so kann ich in den Worten: „Eine Mutter, die ihr Kind bey der Geburt tödtet,“ keinen andern Begriff als jenen einer unmittelbar tödtenden Handlung wahrnehmen; und schließe sonach den Begriff eines bestellten Kindesmordes oder einer Mithülfe, Theilnahme am Kindesmorde ganz aus.

Diese meine Ansicht findet nebstbey noch in dem Zusammenhange einiger vorhergehenden und nachfolgenden Gesetzesstellen eine volle Bestätigung. So heißt es im §. 119: „Jeder vollbrachte Mord soll sowohl an dem unmittelbaren Mörder, als an demjenigen, der ihn etwa dazu bestellt oder ihm die That auszuüben geholfen hat, mit dem Tode bestraft werden.“

Weiters im §. 120: „Diejenigen, welche auf eine entferntere, in dem §. 5 bemerkte Art an dem verübten Morde Theil haben, sollen bey einem gemeinen Morde mit schwerem Kerker von fünf

bis zehn Jahren; wenn aber die Mordthat an Verwandten der aufsteigenden oder absteigenden Linie, an dem Ehegenossen des Thäters oder Theilnehmers, da ihm diese Verhältnisse bekannt waren, oder wenn ein Meuchelmord oder Raubmord verübt worden, zwischen zehn und zwanzig Jahren bestraft werden." — Ferner im §. 121:

„Der unternommene, aber nicht vollbrachte Mord ist an dem Thäter und den Mitschuldigen mit schwerem Kerker von fünf bis zehn Jahren, an den entferntern Theilnehmer von einem bis fünf Jahre zu bestrafen. Ist aber Raubmord, Meuchelmord, bestellter Mord, oder ein Mord, an den im vorigen Paragraphe Angehörigen versucht worden, so ist die Strafe ꝛc. ꝛc.

In allen diesen, vom Morde handelnden Gesetzesstellen wird von dem bestellten Morde, von der Mithülfe und Theilnahme an dem Morde gesprochen, während der §. 122 von einer Theilnahme oder Mithülfe an einem Kindesmorde von der Bestellung des Kindesmordes ganz schweigt; ja bald darauf im §. 124 spricht das Gesetz von einer Mitwirkung am Todschlage, dann im §. 130 von einer Mitwirkung bey der Abtreibung der Leibesfrucht. — Ist nicht dieß ein offenbares Zeichen, daß der Gesetzgeber die Begriffe eines bestellten Kindesmordes und einer Mithülfe am Kindesmorde gar nicht kenne, sondern jede fremde Hinwirkung zur Tödtung eines Kindes bey dessen Geburt als einen Verwandtenmord bestraft wissen wollte? Nur die einzigen beyden Handlungen, die Tödtung und des unterlassenen nöthigen Beystandes von Seite der Mutter hob der Gesetzgeber als einen eigenen Begriff hervor, benannte ihn Kindesmord und belegte ihn mit einer gelindern Strafe. So wie aber die absichtliche Tödtung von jemanden andern, nicht von der Mutter selbst bewirkt wird, so nennt sie der Gesetzgeber ausdrücklich Mord, und ist sie von wem immer (also auch der Mutter selbst) bestellt worden — bestellter Mord.

Von diesem deutlichen Worte und Sinne des Gesetzes darf meiner Meinung nach der Richter nie abweichen, und dabey wohl bedenken, daß nicht Willkür, sondern nur das Gesetz das Recht bestimme, und daß die Gerechtigkeit eben so durch übel verstandene Menschenliebe als durch übertriebene Strenge verletzt werde.

Ich bin sonach der festen Ueberzeugung, daß, wenn eine Mutter die Tödtung ihres Kindes bey oder nach der Geburt durch einen Dritten veranlaßt, selbe nach §. 118 und §. 5 einen bestellten Verwandten-Mord begehe und mit dem Tode zu bestrafen sey, während, wenn sie es bey der Geburt selbst tödtet, sie nur einen Kindesmord verübt, und mit einer Kerkerstrafe davonkömmt; welches zwar sonderbar zu klingen scheint, sich aber, wie ich weiter unten zeigen werde, in der klaren und höchst weisen Absicht des Gesetzgebers ganz gut aufklären läßt.

ad c) Was mein drittes Criterium des Kindesmordes, nämlich den Zeitpunkt der tödtenden Handlung bey der Geburt betrifft, so bin ich auch dießfalls einer von dem Herrn Verfasser verschiedenen Meinung. Derselbe glaubt nämlich, wie aus dem ganzen Aufsatze und besonders aus den Seite 259 vorkommenden Worten: bey der Geburt (d. h. während oder bald nach dem Acte des Gebärens), zu ersehen ist, daß auch eine bald nach dem Acte des Gebärens verübte Tödtung des Kindes als Kindesmord angesehen werden könne, während ich der festen Ueberzeugung bin, daß der Gesetzgeber nur einer während des Actes des Gebärens verübten Tödtung des Kindes, den gemilderten Charakter des Kindesmordes beylegen wollte. Die gesetzliche Begründung dieser meiner Meinung dürfte nicht schwer seyn:

1.) Der Sprachgebrauch, an dem sich der Gesetzgeber stets genau hielt, gibt dem Wörtchen bey eine doppelte Bedeutung, und zwar eine locale und eine temporelle. In der localen Bedeutung heißt bey so viel als nahe an, und geht uns bey der gegenwärtigen Beurtheilung des gesetzlichen Ausdruckes

nichts an. In der temporellen Bedeutung ist das Wort bey ganz gleichlautend mit dem Worte während, und ein Gegensatz der Wörter vor und nach. Wenn es z. B. heißt: bey der Messe ist zu läuten angefangen worden, so wird Jedermann darunter verstehen, daß während der Dauer der Messe das Läuten begonnen habe; hingegen, wenn das Läuten auch nur einen Augenblick nach Beendigung der Messe begonnen hat, so wird Niemand denken oder sagen, man habe bey der Messe zu läuten angefangen, oder wenn es z. B. wo in den öffentlichen Zeitungen (die doch auch Bekanntmachungsmittel der Gesetze sind) heißt, dieser oder jener Sieger sey beym Donner der Kanonen und bey klingendem Spiele in die Stadt gezogen, so wird sich Jedermann vorstellen, daß der Donner der Kanonen und das klingende Spiel mit dem Einzuge in die Stadt gleichzeitig, d. i., eines während des andern geschehen sey. Oder wenn Jemand sagt, A habe sein Testament bey voller Besinnung gemacht, so wird doch Niemand darunter verstehen wollen, als habe A das Testament bald nach seiner vollen Besinnung gemacht. Soll man daher dem Gesetzgeber nicht eine dem allgemeinen Gebrauche widerstrebende Sprachunrichtigkeit vorwerfen, so muß man nothwendiger Weise annehmen, der Ausdruck bey der Geburt bedeute so viel, als während der Geburt oder während des Actes des Gebärens.

2.) Hat der Gesetzgeber überall im Criminal-Gesetzbuche den Grundsatz beobachtet, jene Momente, die den Begriff einer besonderen Art oder Unterart von Verbrechen bestimmen, so scharf als möglich zu markiren, und von aller willkürlichen Auslegung isolirt darzustellen, damit bey der Beurtheilung kein Zweifel entstehen könne, d. h., diese besagten Momente sind so gewählt, daß sich dabey Jedermann denselben Begriff von derselben Ausdehnung vorstellen muß. Ein Moment dieser Art ist in dem §. 122 die durch das Wort bey ausgedrückte Zeitbestimmung. Nur in dem, mit dem Begriffe während der Geburt, gleich bedeutenden Sinne, gewährt der Aus-

druck bey der Geburt dem Begriffe des Kindesmordes den Charakter einer scharf markirten Gewißheit, die der weise Gesetzgeber überall zu beobachten bemüht war; während, wenn man den Ausdruck bey der Geburt auch mit dem Ausdrucke bald nach der Geburt für gleichbedeutend nehmen wollte (wie dieß der Herr Verfasser dieses Aufsatzes gethan hat), der Willkürlichkeit ein weites Feld geöffnet würde. Denn wie unbestimmt, wie veränderlich, wie wandelbar ist nicht der Sinn des Wortes bald nicht nur bey verschiedenen Menschen, sondern auch sogar bey einem und demselben Menschen in verschiedenen Verhältnissen. Einem hülflos schwimmenden Schiffbrüchigen ist jede Minute, ja Secunde zu lang, während der er sich bemühet, ein zu seiner Rettung schwimmendes Stück Holz zu erreichen; wo hingegen einem zum Galgen verurtheilten armen Sünder die letzten drey Tage seiner Lebensfrist nur zu bald verstreichen. Wenn ein Courier von Paris in Wien in sechs Tagen ankömmt, so wird man sagen, er sey bald angekommen; wenn hingegen ein im nebenstoßenden offenen Zimmer befindlicher Diener auf den Ruf seines von Mördern angefallenen Herrn erst in einer Minute oder einer Viertelstunde demselben zu Hülfe kömmt, während der Herr schon den Mördern unterlag, so wird Niemand sagen, der Diener sey seinem Herrn bald, sondern ein Jeder wird sagen, er sey ihm spät zu Hülfe geeilet. Was heißt es also: bald — heißt dieß in einer Viertelstunde, heißt es in einem, drey oder sechs Tagen? Wie lang könnte also ein Kind geboren seyn, um die von der Mutter bewirkte Tödtung als Kindesmord gelinder beurtheilen zu dürfen? und wie lang muß es geboren seyn, damit dieselbe Tödtung ein gemeiner Mord sey? etwa eine Stunde? einen Tag? und warum soll eine, nur um eine Minute nach dieser etwaigen Frist verspätete Tödtung schon ein so bedeutend schwereres Verbrechen seyn, als sie gewesen wäre, wenn sie um eine Minute früher vollzogen worden wäre? Dieß sind nun Fragen, die ich mir selbst zu beantworten ganz außer Stande bin, und die mir schwerlich

Jemand überzeugend beantworten könnte, es sey denn, daß vielleicht eine neue mir unbekannte gesetzliche Anordnung hierüber einen Aufschluß ertheilte. Der Zeitpunkt oder Zeitraum des Gebärens dagegen ist für jeden Anwesenden, besonders aber für Kunstverständige, so leicht erkennbar, daß sich deßhalb gar kein Zweifel befürchten läßt; denn für einen Jeden ist leicht wahrnehmbar, wann der natürliche mit Wehen verbundene Zwang der Leibesfrucht nach Außen anfängt, und wann das Kind ganz außerhalb des Mutterleibes ist. Wird dieser Zeitpunkt für den eigentlichen Act des Gebärens oder Geburt angenommen, so kann nicht leicht ein Zweifel entstehen, ob der Act der Tödtung von Seite der Mutter bey dem Acte des Gebärens oder nicht bey dem Acte der Geburt verübt worden sey, besonders, wenn noch die Beurtheilung der Kunstverständigen zu Hülfe genommen wird.

Und ich behaupte nun, daß der weise Gesetzgeber nur diesen, und keinen andern Zeitpunkt als das entscheidende Moment zur Bestimmung des Begriffes eines Kindesmordes festgesetzt haben wollte, und gemäß der beyden sub 2) und 3) nachfolgenden Betrachtungen festgesetzt haben konnte — denn:

II. Jede Gebärerinn und jeder Geburtshelfer wird das Zeugniß geben müssen, daß sich während des Actes des Gebärens (äußerst seltene Fälle ausgenommen), heftige, oft sogar die Sinne betäubende Schmerzen einstellen, so daß die Gebärerinn durch diese Schmerzen gewöhnlich in den Zustand eines Schwebens zwischen Leben und Tod und in ein Gefühl einer völligen Lebensresignation versetzt wird. Man braucht nur einmahl dem Acte des Gebärens gegenwärtig gewesen zu seyn, um überzeugt zu werden, daß dieser schmerzhafte Kampf bey der Gebärerinn in der entscheidenden Epoche, jedes andere Gefühl, als z. B. der weiblichen Sanftmuth, der Schamhaftigkeit, Eitelkeit, der Moralität erstickt, und nur allein den Trieb nach Erlösung von diesen Schmerzen anfacht. Ja, ich bin der Ueberzeugung, daß das gebärende Weib jedesmahl während dieses Actes sich mehr oder weniger in dem Zustande

einer theilweisen Geistesverwirrung befinde. Sollte nun in einem solchen Zustande eine verbrecherische That nicht eine billige Berücksichtigung verdienen, wenn sie auch übrigens noch so sehr dem moralischen Gefühle widerstreitet? — Ich habe zwar das Berathungs-Protokoll der Gesetzgebungs-Hofcommission, woraus unser Strafgesetzbuch und insbesondere der §. 122 I. Theils desselben hervorkeimte, nicht gelesen, wage es jedoch, kühn zu behaupten, daß diese Rücksicht ein Hauptmotiv gewesen sey, warum der Kindesmord als ein so bedeutend geringer insondables Verbrechen gegenüber von dem gemeinen Morde dargestellt worden ist.

Dagegen wird mir jede Mutter bezeugen, daß gleich nach dem Acte des Gebärens, so wie sich das volle Bewußtseyn einfindet, im unverdorbenen Mutterherzen die natürliche Mutterliebe mit aller Kraft erwache und alle überstandenen Schmerzen vergessen mache. Ja der erste Anblick des so eben mit Schmerzen geborenen Kindes gewährt der Mutter, die noch nicht ganz demoralisirt ist, ein Gefühl der seligsten Wonne. Ist nun eine unnatürliche Mutter im Stande, in diesem ersten Augenblicke, anstatt sich dem erwachenden Muttergefühle hinzugeben, ihr neugebornes Kind dem Untergange zu weihen; so kann dieß Vorhaben nichts anders als ein Resultat der abgefeimtesten Bosheit seyn, und ich sehe nicht ein, warum eine solche Mutter nicht einem Verwandtenmörder gleich zu achten wäre, da sie bey ihrer Handlung offenbar ein sich in der Regel überaus kräftig äußerndes moralisches Gefühl überwinden mußte. Wenn nun Anna N. bereits nach überstandener Geburt bey dem Vorhaben, das Kind getödtet zu sehen, verharrt, und sogar die nochmahligen Vorstellungen ihres Geliebten nicht beherzigen wollte, sondern sogar den Letzteren mit Drohungen zu dieser unnatürlichen That bestimmte, so ist hieraus ein solcher Grad barbarischer Bosheit zu erkennen. Bey der Vorstellung einer an einem erwachsenen Menschen verübten Mordthat, wird ein gefühlvolles moralisches Gemüth erschüttert; ungleich mehr erschüttert wird das Gefühl bey der Vorstellung,

daß die Mordthat an einem unmündigen unschuldigen Kinde verübt worden sey; aber zurückschaudern muß es bey dem Gedanken, daß eine Mutter bey voller Besonnenheit diesen Mord verübte, und diesen letztern Mord sollte der Gesetzgeber gelinder behandelt wissen, als einen jeden gemeinen Mord?

III. Ein zweyter wahrscheinlicher Grund, warum der Gesetzgeber bloß allein die während des Actes des Gebärens von der Gebärerinn verübte Tödtung des Kindes gelinder als einen gemeinen Mord beurtheilet, mag in dem liegen, daß auch bey allen übrigen für das Daseyn eines Mordes sprechenden Umständen sich doch nicht mit absoluter Gewißheit nachweisen läßt, ob die auf Tödtung hinzielende Handlung der Mutter einzig und allein in dem willkürlichen boshaften Entschluße ihren Beweggrund habe, oder ob nicht etwa auch dazu ein unwillkürlicher, durch Schmerzen veranlaßter krampfhafter Impuls beygetragen haben mochte. Z. B. ein krampfhaftes Zusammenschlagen der Füße, ein Würgen, Drücken, Stoßen mit freyer oder bewaffneter Hand. Diese Betrachtung durfte nicht unwahrscheinlich den weisen Gesetzgeber bewogen haben, den Thatbestand als zur völlig erschöpfenden Erhebung nicht geeignet anzusehen, und deßhalb den Grad der Straffanction eben so herabzusetzen, wie bey einem andern Morde, bey welchem der Thatbestand nicht vollständig mit allen Umständen ins Klare gesetzt werden konnte. Diese wichtige Rücksicht fällt nun natürlich ganz weg, wenn das Kind bereits lebend geboren, sonach die Möglichkeit einer derley unwillkürlichen Verletzung entrückt ist, und später eine wohl besonnene Handlung der Mutter eintritt, wodurch der beabsichtigte Tod des Kindes erfolgt. Da kann der Thatbestand schon erschöpfend erhoben werden; und ist derselbe wirklich so erhoben worden, wie in dem gegenwärtigen Criminal-Falle, so sehe ich wieder nicht ein, warum dieses schauderhafte Verbrechen gelinder beurtheilt werden sollte, als jeder andere bestellte Mord. Was übrigens die Frage anbelangt, ob das fragliche Verbrechen vor oder erst nach der Entbindung beschlossen wurde, scheint es mir, da der Ent-

schluß nach der Geburt des Kindes wirksam geworden ist, also böse Absicht und That nach der Entbindung vorhanden war, gar nicht entscheidend.

Am Schluße kann ich nicht umhin, einem etwa aufstossenden Zweifel zu begegnen:

Es dürfte nämlich sonderbar erscheinen, wienach z. B. eine Mutter, welche eine dritte Person ausdrücklich bloß dazu gedungen hat, ihr Kind während des Gebärens zu erdrücken oder sonst auf andere Art zu tödten, welche also offenbar die Absicht hatte, bloß einen Kindesmord zu begehen, deßhalb, daß sie nicht selbst, sondern auf ihr Begehren eine dritte Person den Mord des Kindes vollführte, strenger beurtheilet werden sollte, während sie, wenn sie selbst das Kind bey der Geburt tödtet, gelinder beurtheilt wird?

Dieser Zweifel sollte schon bey den hier oben sub II.) und III.) angeführten Betrachtungen entfallen, allein ohne gegenwärtig darauf hinzuweisen, glaube ich solchen auf folgende Art zu lösen.

So wie Jemand den Entschluß faßt, einen lebenden Menschen, oder eine lebende in der Geburt begriffene Leibesfrucht zu tödten und eine dazu führende Handlung unternimmt, so begehet er außer dem Falle einer gesetzlichen Nothwehr oder Zweykampfes das Verbrechen des Mordes. Tödtet eine Mutter absichtlich ihr Kind oder läßt sie es durch einen gedungenen Mörder tödten, so begehet auch sie einen Mord, welcher insolange ein gemeiner Mord ist, in wie lange er gemäß der gesetzlich bestimmten Umstände nicht den Charakter einer besondern Art des Mordes erhält. Insbesondere wird gemäß der §§. 5 und 118 auch derjenige des Verbrechens des Mordes für schuldig erklärt, wer einen Andern durch Befehl, Rath rc. und andere Art zur Vollbringung eines Mordes bestimmt. Tödtet nun eine dritte Person eine in der Geburt begriffene Leibesfrucht; so ist wohl kein Zweifel, daß sie einen gemeinen Mord begehe, und war es die Mutter, die den Mord bestellt hat, so kann nicht geläugnet werden, daß sie die intellectuele Urheberinn eines gemeinen Mordes gewesen

sey. Daß übrigens die Strafe für den Fall, daß die Mutter ihr in der Geburt begriffenes Kind durch einen Dritten tödten läßt, nach dem Worte des Gesetzes strenger ausfällt, als wenn sie es selbst tödtet, läßt sich sehr gut durch die Betrachtung rechtfertigen:

1.) Daß derjenige, der den im eigenen Herzen reifgewordenen Samen des Bösen auch noch in ein fremdes Gemüth ausstreuet, und so die eigene Schuld auf eine oder mehrere andere Personen ausbreitet, ein größeres Uebel in der moralischen und Sinnenwelt verursachet, als jener, der den Samen des Bösen bloß in eigenem Herzen wuchern läßt. Ferner

2.) Daß die beschlossene Uebelthat dadurch, daß deren Ausführung einer dritten Person übertragen wird, der leichtern Möglichkeit, davon abzustehen, entrückt wird, und daher das Verbrechen, zu dessen Ausführung eine dritte Person gedungen wurde, an sich gefährlicher ist. Denn während ein Mörder schon im wirklichen Vollzuge der That zur besseren Besinnung kommen und davon abstehen kann, so hat die bessere Besinnung des Bestellers des Mordes auf die Vollbringung des bestellten Mörders jene schnelle einhaltende Kraft bey weitem nicht. Nun ist aber in unserem Strafgesetzbuche bey Ausmessung der Strafe auch eine besondere Rücksicht auf die Gefährlichkeit der That genommen worden, was denn natürlich bey dem bestellten Morde eines Kindes auch Statt finden muß.

X.

Kurze Erklärung des §. 1019 d. b. G. B.

Vom

Herrn Dr. Thomas Dolliner,
k. k. wirkl. Hofrathe.

Ueber den §. 1019 des b. G. B. habe ich noch keine befriedigende Erläuterung gelesen. Derselbe lautet: „Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat; so erlangt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtiget worden ist, das Recht, gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen." Bey dem Anblicke dieser Verfügung drängte sich mir sogleich die Frage auf, ob unter den gegebenen Umständen der Dritte die Wahl habe, nach Belieben entweder den Machtgeber oder den Machthaber zu belangen, oder ob er im Falle der Verständigung durch den Machtgeber nur diesen, und im Falle der Verständigung durch den Machthaber nur den Letztern zu belangen, das Recht erlange? Ich fand diese Frage nirgends beantwortet und auch ich selbst konnte mir dieselbe nicht genügend beantworten, so lange ich über den eigentlichen Fall, den dieser Paragraph voraussetzt, nicht ins Klare gekommen bin; aber die Worte: zuzuwenden und angenommen hat, führten mich auf denselben.

Das Wort: zuwenden, hat in den §§. 121, 149, 709, 773 und 791 immer die Bedeutung: Etwas von dem Seinigen einem Andern überlassen. Diese Bedeutung wird es also auch hier haben; sonst ließe sich kein Grund angeben, warum in dem §. 1019 ausdrücklich gefordert werde, daß der Machthaber den erhaltenen Auftrag angenommen habe, da sich bey einem Machthaber als solchen die Annahme des erhaltenen Auftrages ohnehin jederzeit von selbst versteht. Nimmt man aber an, es handle sich hier darum, daß der Machthaber aus dem Seinigen Etwas einem Dritten zuwenden soll, so wird man es sehr natürlich finden, daß der Machthaber, wenn er auch schon vorher ein solcher gewesen seyn sollte, den erhaltenen Auftrag, aus dem Seinigen einen Vortheil einem Andern zuzuwenden, insbesondere angenommen haben müsse; denn über das Seinige des Machthabers kann ohne dessen Einwilligung der Machtgeber nichts verfügen. Daß dem §. 1019 des a. b. G. B. der Fall aufgetragener Zuwendung eines Vortheiles aus dem Seinigen des Machthabers zum Grunde liege, erhellt sehr deutlich aus dem bürgerl. Gesetzbuche für Galizien, welches als die Grundlage des allgemeinen zu betrachten ist. Darin heißt es in dem entsprechenden §. 119 des dritten Theiles: „Eine zum Nutzen eines Dritten ausgestellte und angenommene Vollmacht, z. B. die Vollmacht, einem Dritten 100 Gulden zu schenken, gibt demselben weder gegen den Machtgeber, noch gegen den Gewalthaber ein Klagerecht, wenn nicht auch der Gewalthaber ihm die Zuzählung der Summe wirklich zugesagt hat.“ Diese Stelle wurde in dem jetzt geltenden b. G. B. nur allgemeiner gefaßt, und zum Theile modificirt; die Voraussetzung aber, daß der Machthaber aus dem Seinigen einen Vortheil dem Dritten zugehen lasse, leuchtet aus derselben klar hervor.

Wir können demnach mit Sicherheit annehmen, daß der Gesetzgeber im §. 1019 den Fall normiren wollte, in welchem Jemand, der als Machtgeber Kürze halber A heißen soll, einem Andern, als Machthaber B genannt, den Auftrag er-

theilt und Letzterer den erhaltenen Auftrag angenommen hat, aus dem Seinigen einem Dritten, den wir C nennen wollen, einen Vortheil zuzuwenden; z. B. eine Uhr zu überlassen, die der Dritte gerne haben, und die ihm der A aus Wohlwollen vom B verschaffen möchte. Auch der Fall scheint hierher zu gehören, wenn A den B beauftragt, etwas, z. B. einen Ring zu kaufen und es dem C im Namen des A zu überlassen, und wenn B sich dazu bereit erklärt. Dieses vorausgesetzt, läßt sich mit Zuhülfenehmung des §. 881 des b. G. B. nicht nur die Anfangs aufgestellte Frage entscheiden, sondern auch überhaupt der Inhalt des §. 1019 auf folgende Art erklären:

Nach §. 881 kann A kein Versprechen für den B machen, daß dieser aus dem Seinigen einen Vortheil dem C zuwenden werde, weil ihm kein Verfügungsrecht über das Seinige des B ohne Einwilligung des Letztern zu Gunsten des C zusteht.

Aber auch dann, wenn B den von A erhaltenen Auftrag angenommen, also wirklich versprochen hat, daß er aus dem Seinigen einen Vortheil dem C zuwenden werde, kann nach §. 881 doch A dieses Versprechen des B nicht für den C annehmen, weil es immer von dem Willen des C abhängt, ob er sich die Zuwendung eines Vortheiles aus dem Seinigen des B wolle gefallen lassen oder nicht. Invito non datur beneficium. So lange also die Sache bloß zwischen A und B verhandelt wird, steht C mit Keinem von Beyden in einem Vertragsverhältnisse, und hat kein Recht, gegen den Einen oder gegen den Andern Klage zu führen, daß der von A dem B gemachte und von diesem angenommene Auftrag vollzogen, und ihm C ein Vortheil aus dem Seinigen des B zugewendet werde. Doch da nach der bisherigen Voraussetzung B den vom A erhaltenen Auftrag, dem C einen Vortheil zuzuwenden, angenommen hat, so hat A aus der bloßen, zwischen ihm und B gepflogenen Verhandlung das Recht erworben, den B aus dem Bevollmächtigungsvertrage anzuhalten, daß B den angenommenen Auftrag in Erfüllung bringe und aus dem Seinigen den von A bezeichneten Vortheil dem C zukommen lasse.

Setzen wir nun, A benachrichtige den C von dem zu seinen Gunsten dem B ertheilten und von diesem angenommen Auftrage, so erhält C Kenntniß von dem Rechte, welches zu seinem Vortheile dem A gegen den B zusteht, und kann die ertheilte Nachricht nur dahin verstehen, daß ihm A seine, wenn es nöthig seyn sollte, sogar gerichtliche Verwendung anbiethe, um zu bewirken, daß B aus dem Seinigen dem C den von A ihm zugedachten Vortheil zuwende. Wenn daher C das in der ihm von A gegebenen Nachricht liegende Versprechen annimmt, so erlangt er dadurch das Recht, gegen den A Klage zu führen, daß dieser nach Maß seines Versprechens die eingegangene Verbindlichkeit erfülle (§. 881), und, wenn es nicht anders geht, durch eine gegen B angestellte Klage dem C den oftgedachten Vortheil verschaffe. Gegen den B selbst aber kann in diesem Falle C nicht klagend auftreten, weil er mit ihm noch in kein Rechtsverhältniß gekommen ist; denn B selbst hat ihm nichts versprochen, was er hätte annehmen und dadurch ein Klagerecht unmittelbar gegen ihn erwerben können.

Hat hingegen B den C benachrichtiget, daß er B von dem A den Auftrag erhalten und angenommen habe, dem C einen Vortheil zuzuwenden, so kann C diese Anzeige als ein ihm selbst gemachtes Versprechen betrachten, daß B Willens sey, den vom A erhaltenen Auftrag zu erfüllen und dem C den Vortheil zuzuwenden, worüber A und B übereingekommen sind. Ist nun C damit zufrieden, und nimmt er die ihm zugesicherte Zuwendung des Vortheiles an, so tritt er mit dem B in ein unmittelbares Rechtsverhältniß und daraus erwächst ihm das Recht, gegen den B Klage zu führen, daß dieser die versprochene Zuwendung des Vortheiles vollziehe. Gegen den A aber könnte C in diesem Falle keine Klage erheben, weil zwischen ihm und A kein Rechtsverhältniß gegründet worden, A selbst hat dem C nichts versprochen, mithin ihm auch keine Gelegenheit zur Annahme gegeben.

Aus dieser Darstellung geht also hervor, daß es nicht in der Willkür des Dritten C stehe, entweder den Machtgeber

A oder den Machthaber B zu belangen, sobald er nur von Einem aus Beyden Kunde erhalten hat, was für einen Auftrag zu seinen Gunsten der Machtgeber A dem Machthaber B ertheilt und dieser angenommen hat; es steht ihm vielmehr bloß gegen denjenigen eine Klage zu, von welchem er verständiget worden, was zwischen dem Machtgeber und Machthaber zu seinem Vortheile verhandelt und verabredet worden ist.

Nur dann, wenn sowohl der Machtgeber als der Machthaber dem Dritten die Anzeige gemacht haben, über was sie unter einander zu Gunsten des Dritten übereingekommen sind, hat dieser Dritte die Wahl, entweder den Machtgeber oder den Machthaber mit einer Klage anzugehen, aber den Ersteren auch jetzt nur dahin, daß er ihm die Zuwendung des Vortheiles von dem Letzteren verschaffe, den Letztern hingegen geradezu dahin, daß er die Zuwendung wirklich mache. Dieser Unterschied in Ansehung des Klaggesuches ist dem §. 1019 keineswegs entgegen, denn das Petit ist in dem Paragraphe nicht bestimmt, muß daher erst aus den Verhältnissen bestimmt werden, in welche der Dritte mit dem Machtgeber oder mit dem Machthaber tritt. Natürlich aber wird der Dritte in dem Falle der beyderseitigen Benachrichtigung gegen den Machthaber auftreten, weil so die Sache mit einem Prozesse geschlichtet wird, da hingegen, wenn er die Klage gegen den Machtgeber richtet, es zu zwey Prozessen kommen kann.

XI.

Zur Lehre von der wechselseitigen Substitution. Ein Beytrag zur Erklärung des §. 607 des a. b. G. B.

Vom

Herrn Dr. Ignaz Graßl,

k. k. Professor der Rechte und Syndicus an der Universität zu Lemberg.

1.) Folgender Vorfall gab die Veranlassung zu den nachfolgenden Bemerkungen. N errichtete nachstehende letzte Anordnung: A, B und C sollen meine Erben seyn, und zwar so, daß A $^5/_8$, B $^2/_8$ und C $^1/_8$ meines Nachlasses bekomme. Sollte einer von ihnen wegfallen, so sollen die beyden anderen den erledigten Theil erhalten, zugleich aber auch D $^1/_6$ der erledigten Portion bekommen. B starb nun wirklich noch vor dem Testator N, und es entstand daher nach dem Tode dieses Letzteren die Frage, wie die erledigten $^2/_8$ kraft der von dem Erblasser angeordneten Substitution unter die Miterben A und C und den D zu vertheilen seyen.

2.) Wären die Miterben allein wechselseitig substituirt worden, so wäre außer Zweifel, daß die erledigten $^2/_8$ unter die beyden übrigen Miterben in demselben Verhältnisse vertheilt werden müßten, in welchem die ihnen in der Erbseinsetzung zugewiesenen Portionen gegen einander stehen, daß also die $^2/_8$ in sechs gleiche Theile zu theilen, und fünf davon dem A, der sechste dem C zuzuweisen wären.

Denn der §. 607 verordnet mit klaren Worten, daß, wenn die Miterben allein wechselseitig zu Nacherben berufen worden sind, angenommen werde, der Erblasser habe die in der E nsetzung ausgemessenen Theile auch auf die Substitution ausdehnen wollen. Eben so unzweifelhaft wäre es, daß, wenn D ohne Bestimmung eines Theiles zugleich mit den Miterben substituirt worden wäre, die erledigte Portion in drey gleiche Theile getheilt werden, und jedem der drey Substituten ein solcher Theil zugetheilt werden müßte. Denn derselbe §. 607 verfügt weiter, daß, wenn in der Substitution, außer den Miterben, noch sonst Jemand berufen wird, der erledigte Erbtheil Allen zu gleichen Theilen zufalle.

3.) Zweifelhafter aber scheint die Entscheidung in dem obigen Falle, wo nebst den wechselseitig substituirten Miterben ein Nichtmiterbe mit einem bestimmten Antheile in der Substitution erscheint. Soll man hier den nach Abschlag des Sechstels, welches für den D bestimmt ist, erübrigenden Betrag des erledigten Erbtheils unter die substituirten Miterben nach gleichen Theilen oder im Verhältnisse ihrer Erb-Portionen vertheilen? Der §. 607 entscheidet die Frage nicht. Denn der gegebene Fall paßt weder unter den ersten noch unter den zweyten Satz desselben, indem der erste eine reine wechselseitige Substitution, wo bloß die Miterben einander substituirt sind, der zweyte hingegen eine solche Substitution voraussetzt, wo nebst den Miterben noch ein anderer ohne bestimmten Theil als Substitut berufen ist. Die Richtigkeit dieser letzten Behauptung ergibt sich klar aus dem Gesetze selbst. Denn es soll nach demselben, wenn nebst den Miterben noch sonst Jemand in der Substitution berufen ist, der erledigte Erbtheil Allen, d. i. sowohl den Miterben als auch dem oder den übrigen noch in der Substitution Berufenen, zu gleichen Theilen zufallen. Dieß aber paßt offenbar nur auf den Fall, wenn der Nichtmiterbe unbestimmt in der Substitution berufen ist, weil sich sonst die gegebene Regel in den meisten Fällen gar nicht ausführen ließe. In unserem Falle

z. B. würde, da D nach der klaren Willenserklärung des Erblassers nicht mehr als ein Sechstel des erledigten Erbtheils bekommen soll, auch der A und C jeder nur ein Sechstel erhalten, wenn man zur Entscheidung der Frage den zweyten Satz des §. 607 anwenden wollte, und es blieben daher noch drey Sechstel oder die Hälfte der erledigten Portion übrig, worauf Keiner der Substituten einen Anspruch machen könnte. Was wäre nun mit dieser Hälfte zu thun? Sie den Intestat-Erben zuzuwenden, verstieße offenbar gegen den Willen des Erblassers, der den ganzen erledigten Theil den Substituten zugedacht hat. Es wäre auch gar kein vernünftiger, aus der Natur der Sache entnehmbarer Grund zu einer solchen Annahme vorhanden. Warum sollten, wenn Mehreren ein Vermögen zugedacht wurde, diejenigen, denen kein bestimmter Theil ausgesetzt ist, immer nur gerade so viel zu fordern berechtiget seyn, als der, dem eine bestimmte Portion zugewiesen wurde? Widerstritte ferner diese Ansicht rücksichtlich der Substitution nicht geradezu der Analogie dessen, was das Gesetz in Hinsicht der Erbtheilung festsetzt, wenn mehrere Erben, und zwar einige unbestimmt, die übrigen mit bestimmten Theilen eingesetzt worden sind (§. 557)?

Es bleibt also in Fällen, wie der obige, nichts anders übrig, als den erübrigenden Theil der erledigten Erb-Portion unter die substituirten Miterben entweder gleich, oder im Verhältnisse der den Erben ausgesetzten Erbtheile zu vertheilen. Welche von diesen beyden Vertheilungsarten ist nun aber die unserm Gesetze entsprechende?

4.) Der sicherste Weg, eine dem Geiste des Gesetzes gemäße Entscheidung unserer Frage aufzufinden, wird der seyn, wenn wir die Gründe erforschen, auf welchen die Anordnung des §. 607 beruht, und dieselben dann näher in Betrachtung ziehen. Warum soll bey einer reinen wechselseitigen Substitution die erledigte Erb-Portion unter die substituirten Miterben nach dem Verhältnisse ihrer Erbtheile vertheilt werden? Offenbar darum, weil es im Zweifel, d. i. in Ermanglung einer

deutlichen Erklärung von Seite des Erblassers, am vernünftigsten ist, anzunehmen, er wolle auch in Hinsicht der Substitution die Erben eben so gehalten wissen, wie rücksichtlich der directen Erbseinsetzung[1]). Würde man eine andere Regel bey der Vertheilung des erledigten Erbtheiles beobachten, so geschähe dieses ohne allen positiven, aus dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers entnommenen Anhaltspunkt. Ja selbst die Vermuthung einer vom Erblasser beabsichtigten gleichen Vertheilung des erledigten Theiles, welche man aus dem Umstande abzuleiten versucht seyn könnte, weil der Erblasser keine bestimmten Theile ausgedrückt hat, wird nach unparteyischer Erwägung an Stärke bey weitem durch die Wahrscheinlichkeit überwogen: der Erblasser habe auch bey der Substitution dasselbe Theilungs-Verhältniß im Auge gehabt, was er für die Erbtheilung festgesetzt hat, eben weil er keine andere Norm für die Theilung des aus der Substitution den Miterben zufallenden Vermögens vorschrieb. Der Regel nach muß man wohl annehmen, daß die Gründe, welche dem Erblasser zur Bestimmung ungleicher Erb-Portionen für die mehreren berufenen Erben bewogen haben — als da sind, eine größere Zuneigung zu dem Einen oder dem Andern, eine besondere Verpflichtung zur Dankbarkeit gegen Diesen oder Jenen, das größere Bedürfniß des Einen oder Andern u. dgl. — im Sinne desselben mit gleicher Stärke rücksichtlich des aus der Substitution den Miterben zukommenden Vermögens wirksam sind. Es ist also eine natürliche, aus dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers hergeleitete, und daher von dem Gesetze rücksichtlich der reinen wechselseitigen Substitution auch ausdrücklich gebilligte Regel, daß man die Miterben als Substituten rücksichtlich der Thei-

---

[1]) Treffend sagt Winiwarter: „Durch das Hinwegfallen Eines der eingesetzten Erben wird eigentlich nur die zu vertheilende Masse vermehrt, in den angeordneten Verhältnissen der Vertheilung unter den übrig bleibenden Erben aber nichts geändert.“ S. dessen österreichisches bürgerliches Recht, Thl. 3, §. 62, S. 104.

lung eben so behandle, wie sie als directe Erben gehalten werden müssen, und diese Norm wird daher eben, weil sie der Natur eines solchen Verhältnisses am meisten entspricht, auch auf alle ähnlichen, im Gesetze nicht ausdrücklich enthaltenen Fälle anzuwenden seyn, so lange nicht andere stärkere Gründe — als z. B. eine gegentheilige Erklärung des Erblassers oder ein positives Gesetz — eine Abweichung davon nothwendig machen. Eine solche Abweichung muß insbesondere dann Statt finden, wenn außer den Miterben noch eine oder mehrere andere Personen ohne Zumessung eines bestimmten Antheils in der Substitution berufen sind, z. B. wenn der Erblasser in unserem obigen Falle so verordnet hätte: Die Miterben sollen sich wechselseitig und mit ihnen zugleich der D substituirt seyn. Denn würde man in einem solchen Falle auch die gegebene Regel anwenden wollen, so hätte man durchaus keine Norm, zu bestimmen, wie viel dem unbestimmt berufenen Substituten D zuzutheilen wäre. Man ist daher genöthigt, anzunehmen, daß der Wille des Erblassers bey einer solchen Anordnung nicht darauf gerichtet war, die substituirten Miterben in der Substitution nach demselben Verhältnisse, wie in ihrer directen Erbeseinsetzung, bey der Theilung zu behandeln; sondern man muß vielmehr voraussetzen, daß nach dem Sinne des Erblassers die Substitution eine selbstständige zweyte Erbeseinsetzung auf den erledigten Erbtheil sey, die mit der ersten directen Erbeseinsetzung nichts weiter gemein hat, als daß in ihr dieselben Personen, jedoch zugleich mit einem oder mehreren anderen Berufenen, wieder als Erben vorkommen, welche schon in der ersten erscheinen. Und so muß man dann weiter schließen, daß, da in dieser zweyten selbstständigen Erbeseinsetzung den Berufenen keine bestimmten Theile vom Erblasser angewiesen worden sind, es seinem Willen gemäß sey, sie Alle gleich zu behandeln, folglich von dem erledigten Theile allen Substituten gleiche Portionen zukommen zu lassen. Darum verordnet denn auch der zweyte Satz des §. 607 in solchen Fällen eine gleiche Vertheilung des erledigten Erbtheils unter alle Nachberu-

fenen, also sowohl unter die substituirten Miterben, als auch unter die in der Substitution neu Berufenen, und läßt sonach die Rücksicht auf das Verhältniß der in der ersten Erbeseinsetzung den substituirten Miterben zugedachten Portionen gänzlich unberücksichtiget. Dem zu Folge ist die in der erwähnten Stelle des §. 607 enthaltene Anordnung nur eine nothwendige Ausnahme von der sonst geltenden natürlichen und zum Theile auch positiv anerkannten Regel, welche eben darum nicht auf andere verschiedene Fälle angewendet werden darf.

Ganz anders verhält sich die Sache in dem uns vorliegenden Falle. Hier sind die Miterben wechselseitig substituirt, und zugleich ist noch ein Auswärtiger auf einen bestimmten Theil in der Substitution berufen. Hier läßt sich ohne alle Schwierigkeit der dem Auswärtigen bestimmte Antheil ausscheiden, und dann das Uebrige nach Verhältniß der Erb-Portionen unter die substituirten Miterben vertheilen. Aus der Natur des Falles ist man also hier nicht genöthigt, von der oben aufgestellten, aus dem vermutheten Willen des Erblassers hergeleiteten, und vom Gesetze wenigstens für den Fall der reinen wechselseitigen Substitution auch positiv als Vermuthung aufgestellten allgemeinen Regel abzuweichen. Man wird daher dem Geiste des Gesetzes und dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers vollkommen gemäß handeln, wenn man in einem solchen Falle nach Ausscheidung des für den oder die Auswärtigen bestimmten Theiles das Uebrige unter die substituirten Miterben nach Maß ihrer Erbtheile vertheilt. Eine Vertheilung dieses Betrages nach gleichen Portionen ohne Rücksicht auf das Verhältniß der den einzelnen Miterben zugewiesenen Erbtheile hätte nicht nur keinen zureichenden Grund für sich, sondern es wäre der zu vermuthende Wille des Erblassers sogar dagegen. Wenn demnach in dem gegebenen Falle die Erbschaft aus 24,000 Gulden bestände, so müßten von dem erledigten Erbtheile des B, im Betrage von 6000 Gulden, zuerst 1000 Gulden dem Substituten D, als das ihm angewiesene Sechstel der erledigten Portion, zugewiesen werden; die noch übrigen

5000 Gulden müßten im Verhältnisse wie 5 : 1 getheilt, also aus ihnen sechs gleiche Theile gemacht werden, wovon fünf dem A und einer dem C zuzutheilen wären. Der A bekäme also als Substitut von dem Betrage von 5000 Gulden die Summe von 4166⅔ Gulden, C hingegen 833⅓ Gulden. Nach der entgegengesetzten Ansicht bekäme A sowohl als C, von den auf sie fallenden 5000 Gulden, jeder 2500 Gulden.

5.) Aus den bisher entwickelten Grundsätzen lassen sich auch andere mehr oder weniger ähnliche Fälle, die bey solchen Substitutionen vorkommen können, ohne Schwierigkeit entscheiden. So kann es z. B. geschehen, daß der Erblasser die Miterben und zugleich noch mehrere andere Personen substituirt, von welchen letzteren er einigen bestimmte Theile anweiset, die übrigen aber unbestimmt beruft, z. B. wenn er in unserem besprochenen Falle angeordnet hätte, daß nebst den Miterben noch D und E substituirt seyn sollen, und auch dem F ein Sechstel von jeder allenfalls erledigten Erb-Portion zufallen solle. In einem Falle dieser Art müßte nach den entwickelten Grundsätzen zuerst dem F ein Sechstel der erledigten Portion zugewiesen werden; das Uebrige wäre zwischen den Miterben und den ohne Bestimmung eines Theiles berufenen Substituten D und E in Folge der Vorschrift des zweyten Satzes des §. 607 gleich zu vertheilen. Es würde also in Anwendung auf unseren Fall von den erledigten 6000 Gulden, F 1000 Gulden bekommen; die übrigen 5000 Gulden wären in vier gleiche Theile zu theilen, von denen die beyden substituirten Miterben sowohl, als auch die zwey noch in der Substitution berufenen D und E jeder einen im Betrage von 1250 Gulden anzusprechen hätten.

6.) Kämen bey Legaten ähnliche Substitutions-Fälle vor, so müßten zu Folge des §. 652 ganz dieselben Grundsätze beobachtet werden.

7.) Zum Schlusse dieser Bemerkungen dürfte es, zumahl für den nach wissenschaftlicher Bildung strebenden Juristen, nicht uninteressant seyn, noch einen vergleichenden Blick auf die

römische Gesetzgebung zu werfen, und zu sehen, inwieferne diese mit der unsrigen in Betreff des besprochenen Gegenstandes übereinstimmt, oder von ihr abweicht. Wir wollen dieses in Kürze thun. — Rücksichtlich der reinen wechseitigen Substitution finden wir in den Pandecten [1]) folgende Stelle aus Ulpian: „Si plures sunt instituti ex diversis partibus, et omnes invicem substituti: plerumque credendum, ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti sunt, ut si forte unus ex uncia, secundus ex octo, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio, in novem partes dividatur quadrans: feratque octo partes, qui ex besse institutus fuerat; unam partem, qui ex uncia scriptus est: nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum." Es gilt also in dieser Beziehung nach römischem Rechte ganz dasselbe, was unser Gesetzbuch im ersten Satze des §. 607 festsetzt, und was auch schon früher im galizischen bürgerlichen Gesetzbuche (§. 404, II. Thl.) auf gleiche Weise bestimmt war. Schon die Römer fanden es natürlich, anzunehmen, daß der Erblasser in Ermanglung einer entgegen stehenden Erklärung in einem solchen Falle die Theilung des in Folge der Substitution den Miterben angefallenen Vermögens nach dem Verhältnisse der diesen Erben zugewiesenen Erbtheile gemacht wissen wolle. — Etwas abweichend aber von unserem Rechte sind die Bestimmungen der römischen Gesetze rücksichtlich des Falles, wenn außer den Miterben noch Jemand Anderer in der Substitution berufen ist. Wir lesen über diesen Fall in den Pandecten [2]) nachstehende Stelle aus Julian: „Qui complures heredes ex disparibus partibus instituerat, et in his Attium: si Attius non adierit, ceteros ex iisdem partibus, quibus instituerat, heredes ei substituerat: deinde

---

[1]) Fr. 24. D. XXVIII. tit. 6, de vulgari et pupillari substitutione. Vergl. Fr. 41, §. 1, D. eodem.

[2]) Fr. 32, D. eodem.

si Attius non adiisset, Titium coheredem eis, qui substituti sunt, adjecit: quaesitum est, quam partem is, et quam ceteri habituri essent? Respondi, Titium virilem, ceteros hereditarias: veluti si tres fuissent, Titium partem quartam Attianae partis habiturum, reliquarum partium hereditarias partes, ex quibus instituti erant, reliquos habituros esse. Quod si non solum Titium, sed etiam alios adjecisset heredes, hos quidem viriles partes habituros: veluti si tres (utputa) coheredes fuissent substituti, extranei duo adjecti, hos quintas partes Attianae partis, reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros esse." — Die römische Gesetzgebung hält also in ihrer strenger Consequenz den Grundsatz der gleichen Behandlung der Miterben in der Substitution wie in der directen Erbseinsetzung auch in allen Fällen der gemischten Substitution dadurch aufrecht, daß sie für den Fall, wo den außer den Miterben in der Substitution Berufenen keine bestimmten Theile vom Erblasser zugewiesen worden sind, ihnen Viril-Portionen zuzutheilen befiehlt, und dann das Uebrige den substituirten Erben nach Verhältniß ihrer Erb-Portionen zuweiset. Die angeführte Stelle spricht freylich zunächst nur von dem Falle, wo der Erblasser selbst ausdrücklich die Miterben so substituirt hat, daß sie in den allenfalls erledigten Erbtheil nach Maß ihrer Erb-Portionen succediren sollen, und noch einen oder mehrere Andere mit in der Substitution ohne Bestimmung eines Theiles berufen hat [1]). Allein, daß dasselbe nach

[1]) Es drängt sich hier die Frage auf, was in einem solchen Falle nach unseren Gesetzen Rechtens wäre? Um die Sache deutlich zu machen, wollen wir zuvorderst ein Beyspiel setzen. Nehmen wir an, ein Erblasser habe folgende Anordnung getroffen: A, B und C sollen meine Erben seyn, und zwar soll A $7/12$, B $3/12$, C $2/12$ meines Nachlasses bekommen; sollte einer von ihnen wegfallen, so soll die erledigte Portion den beyden übrigen nach Maß ihrer Erbtheile und dem D zufallen. Hier haben wir nun einen Fall der besprochenen Art, wo die Miterben vom Erblasser ausdrücklich

römischem Rechte auch dann gelten würde, wenn der Erblasser die Miterben schlechtweg ohne nähere Bestimmung, wie sie in die erledigte Portion succediren sollen, zugleich mit einem oder

---

nach Maß ihrer Erb-Portionen substituirt sind, und noch Jemand ohne bestimmten Theil mit in der Substitution berufen ist. Daß nun, falls wirklich einer von den eingesetzten Erben wegfiele, die obige Entscheidung des römischen Rechtes über diesen Fall bey uns nicht angewendet werden kann, ist klar, da es dazu an einem Anhaltspunkte in unseren Gesetzen gebricht. Eben so klar ist, daß der Fall auch nicht nach dem zweyten Satze des §. 607 d. b. G. B. entschieden werden kann. Denn dieser setzt offenbar voraus, daß die Miterben ohne nähere Bestimmung, wie sie in den erledigten Theil succediren sollen, substituirt worden sind. Man würde auf eine sehr auffallende Weise gegen den deutlich erklärten Willen des Erblassers handeln, wenn man in einem solchen Falle trotz der Anordnung des Erblassers bey der Vertheilung eines erledigten Erbtheiles unter die Substituten auf das Verhältniß der den Miterben in der directen Erbseinsetzung zugedachten Erb-Portionen gar keine Rücksicht nehmen, und die Vertheilung schlechtweg und eigenmächtig nach dem zweyten Satze des §. 607 nach gleichen Portionen machen wollte. — Die Norm zur gesetzlichen Entscheidung des angeführten Falles liegt in den §§. 557 und 558. Setzen wir, es falle der C weg; so sollen nun nach der Erklärung des Erblassers A, B und D den erledigten Theil bekommen, und zwar so, daß auf den A sieben, auf den B drey Theile fallen, und noch dem D ein vom Erblasser unbestimmter Antheil zugewendet werde. Weiset man aber von dem ganzen Betrage dem Einen sieben, dem Andern drey gleiche Theile zu, so ist der Betrag bereits erschöpft, und es bleibt für den unbestimmt Berufenen nichts mehr übrig. Für einen solchen Fall verordnet nun der §. 558, daß für den unbestimmt eingesetzten Erben von sämmtlichen bestimmten Theilen so viel abgezogen werde, daß er einen gleichen Theil mit Demjenigen erhalte, der vom Erblasser am geringsten bedacht worden ist. D soll also so viel erhalten als B, und es ist demnach im Sinne des Gesetzes eben so viel, als ob der Erblasser angeordnet hätte, daß von dem erledigten Theile des C, dem A sieben, dem B aber so wie dem D jedem drey Theile zufallen sollen. Man wird daher den erledigten Theil in dreyzehn gleiche Portionen theilen, und hievon sieben dem A, drey dem B und drey dem

mehreren Andern substituiren würde, geht aus obiger Stelle des Ulpian hervor, gemäß welcher in Ermanglung einer entgegen stehenden Verfügung des Erblassers immer angenommen werden muß, daß nach dem Willen des Erblassers die substituirten Miterben den ihnen angefallenen erledigten Erbtheil nach Verhältniß ihrer Erb-Portionen unter sich theilen sollen [1]). In Folge nothwendiger Consequenz muß ferner auch zugegeben werden, daß derselbe Grundsatz in Anwendung käme, wenn der Erblasser die Miterben substituirt und noch jemand Andern mit Zuweisung eines bestimmten Theiles in die Substitution aufgenommen hätte, nur mit dem an sich klaren Unterschiede, daß der Auswärtige nicht eine Viril-Portion des erledigten Theiles erhielte, wie im Falle, wenn er ohne Bestimmung eines Theiles berufen worden wäre, sondern gerade so viel, als ihm der Erblasser bestimmt hat; das Uebrige fiele auf die substituirten Miterben nach Maß ihrer Erbtheile.

Vergleicht man nun das römische mit unserem Rechte in Betreff der gemischten Substitution von Miterben und Auswärtigen, so ergibt sich folgendes Resultat: Nach beyden Gesetzgebungen gilt dasselbe, wenn nebst den Miterben noch jemand Anderer mit Zuweisung eines bestimmten Antheils in der Substitution berufen ist. Denn nach beyden Gesetzgebungen muß in einem solchen Falle nach Ausscheidung des für den Auswärtigen bestimmten Theiles das, was erübriget, unter die substituirten Miterben nach Verhältniß ihrer Erbportionen vertheilt werden. Sie unterscheiden sich aber in dem Fall, wenn dem nebst den Miterben in der Substitution Berufenen kein bestimmter Theil vom Erblasser zugedacht worden ist. Denn während hier

---

C zuweisen müssen. Beständen z. B. die erledigten $^2/_{12}$ in einem Betrage von 2600 Gulden, so fielen hiervon dem A 1400, dem B aber und dem D jedem 600 Gulden zu.

[1]) S. Haimberger: Reines römisches Privatrecht, Theil III., §. 339.

nach §. 607 unseres Gesetzbuches die erledigte Erb-Portion allen Substituten zu gleichen Theilen zufällt, weiset das römische Recht dem Auswärtigen eine Viril-Portion an, und verordnet, daß der nach Abzug derselben übrig bleibende Theil nach dem allgemeinen Grundsatze unter die Miterben nach Maß ihrer Erb-Portionen vertheilt werde. Dem römischen Rechte ist also die besondere Bestimmung des zweyten Satzes des §. 607 unseres bürgerlichen Gesetzbuches fremd.

XII.

Ueber Gesammt- oder Simultan-Hypotheken nach den Principien der österr. Hypotheken-Gesetzgebung.

Vom

Herrn Franz J. Kopezky,
Civil-Justizrathe des Wiener Magistrates.

Einleitung.

Gesammt- oder Simultan-Hypotheken sind auch in Oesterreich seit den ältesten Zeiten üblich gewesen, und insbesondere in neueren Zeiten durch die nach den Grundsätzen der Staats-Oeconomie mehr begünstigte Theilung des Grundeigenthumes vervielfältigt worden. Die rechtlichen Wirkungen solcher Gesammt-Hypotheken erscheinen im Leben nur zu oft im Conflicte mit den wohlerworbenen Rechten dritter Personen, die daraus entspringenden Rechtsverhältnisse sind oft so gestaltet und verworren, daß die Ausmittlung derselben, und die Entscheidungen der Gerichte hierüber um so schwieriger werden, je weniger wir in den Civil-Gesetzen, in der Tabular- und Concurs-Ordnung darauf bezügliche Vorschriften aufzufinden vermögen. Man könnte freylich glauben, daß es zur Beseitigung der Collisionen und Verwicklungen, insbesondere zur Verwahrung der Rechte postlocirter Gläubiger, zweckmäßiger wäre, die Gesammt-Hypotheken ganz abzustellen, oder doch ihrer Entstehung und Vervielfältigung dadurch hemmend entgegen zu wirken, daß man eine Forderung, welche durch mehrere Immobilien ver-

sichert werden soll, der Summe nach getheilt, auf diese Immobilien nach Verhältniß ihres Werthes eintragen lasse, daher die Betheiligten vorläufig auf eine Absonderung, oder Vertheilung der Hypotheken verweise, oder bey einem darüber entstehenden Streite die Entscheidung den Gerichten übertrage. Auch v. Gönner[1]) hat diese Frage: ob es nicht räthlich sey, solche Hypotheken ganz zu verbiethen, und darauf zu bestehen, daß eine Forderung nur auf Ein Immobile eingetragen, daher, wenn sie durch dasselbe nicht sichergestellt werden könnte, der Summe nach getheilt, und unter den mehreren zur Sicherheit angewiesenen Immobilien auf jedes nur mit dem darauf haftenden] Theil der Forderung eingetragen werde? einer gründlichen Erörterung unterzogen; er hat gezeigt, welche Schwierigkeiten dadurch entstehen würden, welche Anstände die Vereinigung der Gläubiger und Schuldner über jene Theilung der Hypotheken hervorbringen würde, besonders da man im gemeinen Leben, und im gewöhnlichen Verkehr den Credit, welchen ein Besitzer mehrerer Immobilien verdient, weniger nach dem Werthe eines einzelnen Stückes, als nach dem Werthe, den die Immobilien insgesammt haben, bemißt, in der sichern Erwartung, daß dasjenige, was vielleicht am Werthe des Einen abgeht, durch den höheren Werth des Andern ersetzt wird, daß der Gläubiger nicht schuldig ist, für ein im Ganzen gegebenes Darlehen Abschlagszahlungen anzunehmen, daher ihm das Gesetz auch nicht die Verbindlichkeit auflegen kann, sein ungetheiltes Darlehen in getheilte Hypotheken zu verwandeln, daß selbst nach der Rechtstheorie, nach dem Axiom: „hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte" wichtige Gründe entgegenstehen, daß also die Gesetzgebung dem Credite und Verkehr keinen unnatürlichen Zwang auflegen solle. Meines Erachtens könnte auch ein derley verbiethendes

---

1) Commentar über das Hypotheken-Gesetz für das Königreich Bayern, 1823, 1. Bd. S. 172 u. f. w.

Gesetz bey solchen Rechtsverhältnissen, wo schon nach der Natur des Geschäftes, Gesammt-Hypotheken entstehen, z. B. bey Correalitäten, Erbschaftstheilungen, gar nicht in Anwendung gebracht werden, ohne diese Rechtsverhältnisse selbst aufzuheben, obschon ich der Ueberzeugung bin, daß bey den im Interesse der Grundbesitzer vorzunehmenden Theilungen des Grundvermögens, oder bey Gemeinheitstheilungen durch ein conciliatorisches Mitwirken der Behörden — deren Einschreiten hierbey theils wegen des vorläufigen Consenses, theils wegen des Ausmaßes und der Regulirung der Theilung nach den Gesetzen erforderlich ist — der Entstehung der Gesammt-Hypotheken zur Beseitigung nachtheiliger Collisionen vorgebeugt werden könnte, besonders wenn die Grundbesitzer auf die Folgen derselben, auf die dadurch veranlaßte Beschränkung ihres Realcredites wegen der für nachfolgende Gläubiger zu besorgenden Verluste aufmerksam gemacht würden. Auch die bayerische Gesetzgebung hat im Einführungsgesetze der neuen Hypotheken-Verordnung v. J. 1822 den Hypothekenämtern aufgetragen, dahin zu streben, daß die auf mehrere Immobilien zugleich mit ungetheilter Summe eingetragenen Hypotheken möglichst beseitigt werden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß man bey näherer Kenntniß der Verwicklungen und der Nachtheile, die aus Gesammt-Hypotheken nur zu leicht entstehen, bey der freywilligen Constituirung derselben behutsamer zu Werke gehen, und sich nicht ohne Noth dazu herbeylassen werde. Deßwegen dürfte eine umständliche Erörterung der Wesenheit, und der rechtlichen Wirkung der Gesammt-Hypotheken, so wie der eintretenden Rechtsverhältnisse nicht unwichtig seyn. Ich hielt mich dabey, so viel möglich, streng an die Principien der österreichischen Hypotheken-Gesetzgebung mit Rücksicht auf die in Praxi gemachten Beobachtungen und Erfahrungen. Weniges ist hierüber in den Gesetzgebungen anderer Staaten zu finden, und noch dürftiger ist meines Wissens die Literatur in diesem Zweige des Hypothekenwesens. Daß mehrere Pfandstücke für eine Forderung gegeben werden konnten, war wohl auch schon den Rö-

mern bekannt [1]). Allein die römischen Grundsätze und Lehren vom General- und Special-Pfandrechte lassen sich da nicht anwenden, wo es sich um ein eigenes, den Römern noch ganz unbekanntes, vaterländisches Institut handelt, wie das gegenwärtig bestehende Hypothekenwesen, nach den Principien der Specialität und Publicität, welches nur deutschen Ursprunges ist. Sehr richtig bemerkt der hochverehrte deutsche Rechtsgelehrte Mittermayer [2]): Am meisten schadet einer freyen, und consequent einen Grundsatz durchführenden Entwicklung der Hypotheken-Gesetzgebung die Angewöhnung unserer Juristen, alle Rechtsverhältnisse nur nach den römischen Begriffen aufzufassen. Vertraut von der ersten Zeit des Rechtsstudiums an mit den Privat-Hypotheken, mit den stillschweigenden, und General-Hypotheken, nicht selten das Studium des germanischen Rechts vernachläßigend, verkennen sie das wahre Wesen der germanischen Rechtselemente, und können sich da, wo auch eine neue Rechtseinrichtung getroffen werden soll, von den römischen Begriffen nicht losmachen, daher auch mehr oder minder in den neuesten Hypotheken-Gesetzgebungen die Consequenz durch das Hereinziehen der römischen Bestimmungen über Hypotheken gelitten hat.

§. 1.

Begriff und wesentliche Merkmahle einer Gesammt-Hypothek.

Gesammt-Hypotheken sind solche, welche für eine und dieselbe ungetheilte Forderung auf zwey oder mehreren Immobilien in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheinen. Z. B. ich besitze zwey Häuser, oder ein Haus, ein Grundstück, und einen Wald abgesondert, das ist, ich bin um jedes dieser

---

[1]) L. 19, ff. de pignoribus et hypothecis. De pluribus rebus pignoratis. Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo (hoc est sorte et usuris) quantum debetur.

[2]) Archiv für die civilistische Praxis, XVIII. Bd., 2. Hft. 1835, S. 150.

Immobilien besonders vergewährt, und berechtige meinen Gläubiger, daß er das mir zugezählte Darlehen pr. 1000 fl. ungetheilt auf meine beyden Häuser, oder auf mein Haus, Grundstück und Wald zugleich mit der ganzen Summe pr. 1000 fl. im öffentlichen Buche eintragen lassen könne, so erwirbt er durch die erfolgte Eintragung eine Gesammt-Hypothek dergestalt, daß ihm jedes der beyden Häuser, und eben so im zweyten Falle das Haus, das Grundstück, und der Wald besonders für die ganze Summe pr. 1000 fl. verhypothecirt sind, so daß er seine vollständige Befriedigung entweder aus einem dieser Immobilien, oder aus allen zugleich zu verlangen berechtiget ist. Würde dieses Darlehen pr. 1000 fl. auf diese verschiedenen Immobilien in abgetheilten Beträgen z. B. auf jedes der beyden Häuser ein Betrag pr. 500 fl., oder auf das Haus ein Betrag pr. 500 fl., auf das Grundstück 200 fl. und auf den Wald 300 fl. eingetragen werden, so hat der Gläubiger bey jedem dieser Objecte nur eine specielle, also keine Gesammt-Hypothek erworben, jedes dieser Immobilien haftet nur für den Theilbetrag.

§. 2.

Simultaneität.

So wie überhaupt nach unsern Gesetzen eine Hypothek nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben wird, so kann auch eine Gesammt-Hypothek nur durch diese Eintragung und zwar bey jedem einzelnen Immobile besonders, rechtlich begründet werden [1]). Doch ist es zu einer G. H. nicht wesentlich, daß die Eintragung zu gleicher Zeit bey den verschiedenen Immobilien geschehe; es ist nicht nothwendig, daß der Gläubiger in dem vorher angeführten Beyspiele seine Forderung zu einer und derselben Zeit auf

---

[1]) Die vollständige Kenntniß der Art und Weise, wie nach unsern Gesetzen, nach den Landtafel- und Grundbuchs-Verordnungen das Pfandrecht auf unbewegliche Sachen erworben und aufgehoben wird, muß ich hier nothwendig voraussetzen.

beyde Häuser eintragen lasse. Dieses kann zu verschiedenen Zeiten geschehen, so wie auch die tägliche Erfahrung lehret, daß Gläubiger von ihrem Hypotheken-Rechte oft nur nach Erforderniß Gebrauch machen, sich einstweilen mit einer Hypothek zufrieden stellen, und erst bey eintretender oder zu besorgender Gefahr eines Verlustes der Forderung, bey Verminderung des Werthes der verpfändeten Realität auch die Eintragung der andern Hypothek, daher beyde zu verschiedenen Zeiten begehren, und zu begehren berechtiget sind, da es von ihrer Willkür abhängt, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen, oder nicht. Das aber gehört zur Wesenheit einer Gesammt-Hypothek, daß die einzelnen Hypotheken wegen einer und derselben Forderung damahls, wenn die G. H. ihre rechtliche Wirkung haben soll, bey allen verhafteten Immobilien zugleich (simultane), also zur nämlichen Zeit eingetragen erscheinen.

§. 3.

Specialität.

Nach dem Princip der Specialität unserer Hypotheken-Gesetzgebung muß eine völlig bestimmte einzelne (specielle) unbewegliche im Besitz schon vorhandene Sache zur Hypothek bestellt werden, auch muß die Eintragung in das öffentliche Buch klar und genau zeigen, welche Immobilien für eine Forderung, und welche Forderungen auf einem Immobile haften; woraus dann folgt, daß Gesammt-Hypotheken immer nur Special-Hypotheken bleiben, daß sie sich nur auf jene Immobilien erstrecken, worauf sie, und zwar bey jedem besonders (speciell) eingetragen sind; sie haben auch nur bey jedem einzelnen Immobile einen eigenen, nämlich jenen Rang, welcher ihnen nach der Zeit der geschehenen Eintragung (secundum prioritatem temporis) zusteht.

§. 4.

Unterschied zwischen Gesammt- und General-Hypotheken.

Eine Gesammt-Hypothek unterscheidet sich schon nach ihrem Begriff von einer General-Hypothek, das ist, wenn alle, und

verschiedene Immobilien ohne Benennung und Bezeichnung derselben zum Unterpfand bestellt werden, z. B. wenn es in einer Schuldurkunde heißt: ich verpfände dem A für das Darlehen pr. 1000 fl. meine Häuser und Grundstücke, meine Herrschaftsgüter in Böhmen, oder all mein gegenwärtiges und künftiges Vermögen, oder all mein Hab und Gut. Solche General-Hypotheken sind nach unserem System, und nach dem Princip der Specialität nicht gestattet, daher ohne alle rechtliche Wirkung. G. H. sind, wie v. Gönner bemerkt, als eine Vielheit oder Mehrheit einzelner Sachen, wenn sie auch in einem Rechtsgeschäfte zusammen genommen wurden, zu betrachten (res plures conjunctim sumtae). Sollten daher auch die einzelnen Immobilien, auf deren jedem besonders eine und dieselbe Forderung eingetragen wird, das ganze Immobilar-Vermögen eines Schuldners ausmachen, so ist dieses bloß zufällig, also keine General-Hypothek im juristischen Sinne, weil sie sich auf ein Immobile, welches der Schuldner in der Folge erwirbt, doch nicht erstrecket.

§. 5.

Entstehung einer Gesammt-Hypothek, durch Theilung des Grundvermögens.

Eine der gewöhnlichen, und im Leben häufig vorkommenden Entstehungsarten der G. H. ist die Theilung des Grundvermögens, nämlich eine physische Theilung, Absonderung, Zertrümmerung oder Zerstücklung der Immobilien oder einzelner dazu gehöriger Bestandtheile (Pertinenzstücke). So kann ein Haus, ein Grundstück in zwey, oder mehrere für sich abgesondert bestehende Theile, oder es können bey einem Landgute ein oder das andere bisher dazu gehörige Wirthschaftsgebäude, oder bey einer Herrschaft, Waldungen, Wiesen, Teiche, Grundstücke, welche als ganze Gütercomplexe anzusehen sind, getrennt, oder an verschiedene Personen eigenthümlich übertragen werden, dergestalt, daß sie nunmehr als verschiedene, für sich bestehende Immobilien erscheinen, und als solche auch in den öffentlichen Büchern bey

dem Hauptgute abgeschrieben, und auf eigenen Folien eingetragen werden müssen. Haften nun auf einem solchen abgetheilten Immobile Schulden, so entstehen dadurch Gesammt-Hypotheken, weil die auf dem ganzen Immobile eingetragenen Forderungen auch bey den einzelnen Theilen desselben ganz und ungetheilt verbleiben, und deßwegen im öffentlichen Buche bey jedem abgetheilten Immobile unter den Lasten eingetragen werden müssen. Wird z. B. das Haus N. 3, auf welchem 1000 fl. haften, in zwey für sich bestehende Häuser Nr. 3 und 4 abgetheilt, und in dem Grundbuche für das letztere eine eigene Rubrik eröffnet, daselbe als ein für sich bestehendes Immobile eingetragen, so müssen auch die auf dem Hause Nr. 3 haftenden 1000 fl. darauf übertragen werden, so daß nun diese 1000 fl. simultane auf beyden Häusern Nr. 3 und 4 vorkommen und somit eine Gesammt-Hypothek entsteht. Nur muß eine solche Theilung physisch geschehen, denn eine ideale, subjective Theilung eines Immobile bringt an den darauf haftenden Hypotheken keine Veränderung hervor. Wenn z. B. der Eigenthümer eines Hauses die Hälfte desselben einem Dritten verkauft, oder wenn nach dem Tode des Eigenthümers das Haus seinen drey Erben eingeantwortet wird, und nunmehr drey Eigenthümer, jeder zu einem Drittel des Hauses einschreiten, so bleiben die darauf haftenden Hypotheken auch in dem öffentlichen Buche unverändert. Es entsteht in beyden Fällen eine Gemeinschaft des Eigenthums, wornach Mehreren das Eigenthum ungetheilt zukommt (§. 825 des b. G. B.), und jeder Theilnehmer vollständiger Eigenthümer seines idealen Antheiles ist (§. 829 ebd.). Jeder Mitgenosse kann zwar seinen (subjectiven) Antheil veräußern, dadurch geht nur in der Person eines Mitgenossen, nicht aber in einem (objectiven) Bestandtheile der gemeinschaftlichen Sache eine Veränderung vor [1]). Daß aber auch bey einer Gemeinschaft des

[1]) Die bloße Theilung was immer für eines gemeinschaftlichen Gutes kann einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichen; alle ihm

Eigenthumes der Immobilien, oder bey einer subjectiven Theilung G. H. entstehen können, unterliegt keinem Zweifel; allein da liegt der Entstehungsgrund nicht im dem Acte der Theilung, sondern in dem freywilligen Uebereinkommen der Interessenten, in einem Vertrage, oder in dem Rechtsverhältniß der Correalität.

§. 6.
Fortsetzung.

Eine physische Abtheilung kann jedoch von dem Eigenthümer nach unsern Gesetzen nicht willkürlich vorgenommen werden. Die Beschränkungen beruhen bey Immobilien auf dem Lande auf dem Unterthänigkeitsverbande zwischen Grundherrschaften und Grundholden, auf der nach der Landes-Verfassung, und durch politische Verordnungen eingeführten Untheilbarkeit der Bauerngüter, und der dazu gestifteten Haus- und Hausüberlandgründe, welche nicht getrennt, oder einzeln verkauft werden dürfen; bey Immobilien in Städten auf Local-Verhältnissen, daher schon in Polizey-Rücksichten, wegen der mit solchen Theilungen gewöhnlich verbundenen Bauführungen, wegen der neuen Ausmaß, Bestimmung der Gränzen u. s w. vorläufig der Consens der betreffenden politischen Behörde, und der Grundobrigkeit erwirkt werden muß. Erst dann, wenn dieser Consens beygebracht worden ist, kann von Seite der Grundobrigkeit der Besitzstand regulirt werden. Hier handelt es sich jedoch um die privatrechtlichen Verhältnisse, insbesondere um die Rechte der auf solchen abzutheilenden Immobilien eingetragenen Hypotheken. In dieser Beziehung haben wir nun keine andere gesetzliche Norm, als daß eine Theilung eines Immobile ohne Einwilligung der darauf eingetragenen Gläubiger nicht vorgenommen werden dürfe [1]). Deßwegen wird

---

zustehenden Pfand-, Servituts- und andere dingliche Rechte werden nach, wie vor der Theilung ausgeübt. (§. 847 b. b. G.)

[1]) Landtafelpatent für Oestreich ob der Enns vom 10. Jänner 1791, für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794, Hofdecret vom

auch von der politischen Behörde der Consens nicht eher ertheilt, bis nicht die Einwilligung der Gläubiger vorgelegt worden ist. Willigen diese nicht ein, so kann eine physische Theilung nicht vorgenommen werden. Wie aber, wenn ein Gläubiger diese Einwilligung ohne allen Grund verweigert? Soll der Eigenthümer in einer für ihn vortheilhaften, oft aus ökonomischen Rücksichten nothwendigen Theilung seines Grundbesitzes durch den Eigensinn eines einzigen, und vielleicht des unbedeutendsten Gläubigers gehemmt werden können? Wie leicht kann nicht eine solche Theilung selbst im Interesse der später eingetragenen Gläubiger liegen, welche gerade dadurch für ihre Forderung eine bessere Sicherheit erhalten. Eben diese Schwierigkeiten dürften bey einem Tausche der Grundstücke zur Berichtigung streitiger Gränzen, oder bey Vereinigung mehrerer belasteten Grundstücke, oder bey der Trennung oder Verwandlung grundherrlicher Abgaben, oder fruchtbringender Realrechte, z. B. des Zehents, Weiderechtes, in bestimmte Geldleistungen eintreten. Sollte die Einwilligung eines renitirenden Gläubigers nicht durch das Gericht auf Anrufen der Betheiligten supplirt werden können?[1]) So lange der kategorische Ausspruch des Gesetzes besteht, daß eine Theilung des Grundvermögens ohne Einwilligung der Gläubiger nicht vorgenommen werden darf, bleibt es bloß dem Einverständnisse der Betheiligten überlassen, wie sie den Gläubiger zur Loszählung eines getheilten, oder abgesondert ver-

3. April 1800, Nr. 449: Wenn bey der Landtafel Verbindlichkeiten haften, so soll eine Abschreibung (wenn nämlich von einem ständischen Gute oder Gilte ein Theil einer Realität abgeschrieben werden soll), niemahls anders, als nach Vernehmung der Theilnehmer, und mit derselben Einwilligung unternommen werden.

[1]) Zweckmäßige Bestimmungen enthält das preußische Landrecht, Thl. I., Tit. 20, §§. 443 und 492, und die allgemeine Hypotheken-Ordnung II. Tit. §. 91, so wie das königl. bayrische Hypothekengesetz vom 1. Juny 1822, §. 37 — 40, und v. Gönner's Commentar 1. Band S. 361 u. f. f.

kauften Immobile von seiner ihm darauf zustehenden Hypothek bewegen, oder sonst für ihre Sicherheit Vorkehrung treffen. Erfolgt die Einwilligung der Gläubiger in die Theilung, ohne daß wegen der Absonderung der Hypotheken ein Einverständniß zu Stande kömmt, so hat die Tabular-Behörde hiernach die Ab- und Zuschreibung, die Eintragung des neuen Besitztitels bey dem abgetheilten Immobile, und die Eintragung der haftenden Lasten vorzunehmen. Werden nun die auf dem ursprünglichen ganzen Immobile haftenden Lasten auch auf den abgesonderten Theil übertragen, und zwar ungetheilt mit ganzer Summe, so haben wir G. H.[1]).

[1]) So wurde vor beyläufig drey Jahren in einer Vorstadt Wien's von einem Hauseigenthümer die Abtheilung des bey seinem Hause befindlichen Gartengrundes von 1100 □ Klaftern in 9 Baustellen angesucht. Auf dem Hause und Gartengrunde, als einem Guts-Complexe, waren 12,000 fl. C. M. in vier Posten intabulirt. Diese Abtheilung des Gartengrundes war für den Eigenthümer vom überwiegend großen Vortheil, weil er den Verkauf der Baustellen beabsichtigte, und für diese wegen der Localität, wegen der dort eröffneten neuen Straße gute Preise erwarten konnte. Nun war die Einwilligung der Gläubiger auszuweisen. Eine Theilung der Hypotheken auf 10 Immobilien, auf dem Hause und 9 Baustellen, konnte nicht füglich, und zwar um so minder Statt finden, als darunter Pupillar-Capitalien begriffen waren, und die neuerliche Erhebung des Werthes, insbesondere aber eine Zerstücklung der Capitalien in so viele kleine Theile mit vielen Inconvenienzen und Kosten verbunden gewesen seyn würde. Um jedoch den Eigenthümer in seinem vortheilhaften Unternehmen nicht zu hemmen, wurde mit den Gläubigern das Uebereinkommen getroffen, daß einstweilen sämmtliche Forderungen, wie sie bestanden, in der nämlichen Priorität ungetheilt auf dem Hause, und auf den einzelnen 9 Baustellen haftend bleiben sollen, und auf solche Art würden aus 4, nunmehr 40 Hypotheken, daher G. H. entstanden seyn. Doch ist unter Mitwirkung der Grundobrigkeit das Aushülfsmittel getroffen worden, daß einstweilen der Besitzstand unverändert gelassen, ungeachtet der bereits physisch geschehenen Abtheilung des Gartens in die einzelnen Baustellen, diese und das Haus, noch wie vor-

§. 7.

Rechtliche Wirkung einer Gesammt-Hypothek.

Da eine Gesammt-Hypothek ein Inbegriff mehrerer Special-Hypotheken, und jede Hypothek das dingliche Recht ist, aus der verpfändeten Sache die Befriedigung zu begehren (§. 447 d. b. G. B.), auch jede Hypothek als ein untheilbares Recht mit der ganzen Forderung auf jedem einzelnen verpfändeten Immobile haftet, so folgt hieraus, daß der Gläubiger schon Kraft der auf jedem einzelnen Immobile erworbenen Special-Hypothek berechtiget sey, nach seiner Wahl entweder aus allen Immobilien zugleich, oder nur aus einem, oder dem andern derselben seine vollständige Befriedigung zu begehren. In dieser Hinsicht hat allerdings eine Gesammt-Hypothek große Aehnlichkeit mit der passiven Correalität, weil 1.) so wie bey dieser jeder Correus, so auch bey jener jedes verhypothecirte Immobile auf das Ganze belangt werden kann, und die Einrede der Theilung nicht Statt findet; weil 2.) durch die Einbringung der ganzen Forderung von einem Immobile die übrigen mitverhypothecirten Immobilien in Ansehung des Gläubigers von jeder Haftung liberirt werden; weil endlich 3.) unter den dritten Besitzern der mitverpflich-

---

her, als ein Guts-Complex erhalten, und der Abtheilungs-Consens mit Bezug auf den genehmigten Abtheilungsplan darauf einverleibt wurde. Dadurch wurden die allseitigen Rechte verwahrt; denn die Gläubiger konnten noch wie vorher die gesammte Realität, das Haus und die 9 Baustellen ohne Rücksicht auf die Theilung in die Execution ziehen, und dieses mit größerem Vortheil, weil sie nun berechtigt gewesen wären, auch die einzelnen Baustellen, die einen größeren Werth hatten, als der Gartengrund, zu verkaufen. Der Eigenthümer hatte den Vortheil, die Baustellen nach und nach zu bessern Preisen zu verkaufen, mit dem Erlöse die dringenden Gläubiger zu befriedigen, und sich mit den übrigen abzufinden, wodurch dann allmählig auch der Besitzstand mit den eingetretenen Käufern der Baustellen regulirt werden konnte.

teten Immobilien derjenige, welcher das Ganze, oder mehr als seinen Antheil bezahlt hat, berechtiget ist, von den übrigen den verhältnißmäßigen Ersatz zu verlangen. Gönner war der Erste, welcher das Princip der Correalität bey Gesammt-Hypotheken aufgestellt, und vorzüglich bey Untersuchung des Rechtsverhältnisses unter dritten Besitzern in Anwendung gebracht hat [1]). Er sagt: wenn mehrere in solidum wegen einer Forderung haften, und belangt werden können, sey es in der Rechtssphäre gleichgültig, ob jene Solidar-Haftung aus einem persönlichen, oder aus einem dinglichen Verhältnisse entspringe, ob es auf Personen oder Sachen sich beziehe. Das Hypothekengesetz habe bey Gesammt-Hypotheken einen neuen Fall der Correalität hervorgebracht, und man könne diese als Correalitas realis von der bisher bekannten Correalitas personalis unterscheiden, jedoch so, daß beyde nur Species der Correalität sind, welche dasjenige, was von derselben als Genus gilt, gemeinschaftlich haben. Allein mir scheint diese Ansicht von der Correalitas realis nicht durchaus haltbar zu seyn, wie ich insbesondere bey dem Rechtsverhältnisse unter dritten Besitzern zeigen werde; noch weniger aber ist mir erklärbar, wie man eine Correalität bey den nach einer Gesammt-Hypothek auf einem oder dem andern Immobile eingetragenen Gläubigern, also bey den postlocirten Gläubigern annehmen könne, so, daß durch letztere die vorausgehende Gesammt-Hypothek in ihrer rechtlichen Wirkung beschränkt werden könne, da sie doch in keiner gegenseitigen rechtlichen Verbindung stehen. Man behauptet zwar, daß eine Correalitas realis mit ihren rechtlichen Wirkungen nur dann Statt finde, wenn eine Verbindung unter den mehreren Hypotheken, wie bey der correalitas personalis die Ge-

[1]) Commentar Bd. 1, S. 172, 208, 463, 565, und Bd. 2 S. 264 u. f. Nach ihm wurden diese Grundsätze mehr in die Doctrin aufgenommen. In Nippel's Erläuterungen d. a. b. G. B. kommen sie wörtlich vor, und werden bey verschiedenen Rechtsverhältnissen angewendet, 3. Bd. S. 521 u. f. f.

sammthandlung, oder das Versprechen mehrerer Personen zur ungetheilten, oder zur gesammten Hand dargestellt, diese Gesammthaftung der Immobilien in das öffentliche Buch eingetragen, und bey jedem Immobile bemerkt wird, auf welchen andern Immobilien dieser Forderung halber die Hypothek eingetragen sey. Dieß zeigt aber auch schon von der Unhaltbarkeit des Princips der Correalität; denn gesetzt, daß diese Anmerkung unterlassen worden wäre, so ist demungeachtet eine Gesammt-Hypothek mit allen ihren Rechtsfolgen vorhanden. Auch bey uns besteht diese Vorschrift bey der Eintragung der Gesammt-Hypotheken [1]. Allein es ist mir kein Gesetz bekannt, welches diese Anmerkung zur Constituirung einer Gesammt-Hypothek für wesentlich und unerläßlich erklärte, dergestalt, daß ohne eine solche Anmerkung der Conjunction eine Gesammt-Hypothek gar nicht bestehen könne. Denn gesetzt, daß sie unterlassen worden wäre, so machen doch, wie gesagt, die für eine und dieselbe Forderung mit ungetheilter Summe auf mehrere Immobilien eingetragenen Hypotheken eine Gesammt-Hypothek aus, weil schon durch die Eintragung in das öffentliche Buch eine Hypothek, mit allen ihr zustehenden rechtlichen Wirkungen begründet wird, der Gläubiger also schon Kraft der auf jedem Immobile erworbenen Special-Hypothek seine Befriedigung daraus ganz, oder zum Theil verlangen kann. Wäre diese Anmerkung zur Constituirung einer Gesammt-Hypothek wesentlich, so müßte sie in einem Gesetze ausdrücklich verordnet, und die Rechtsfolge der Unterlassung bestimmt erklärt werden. Ich glaube demnach, daß nach unserem Hypotheken-System diese Anmerkung ohne Rücksicht auf ein Correalitäts-Verhältniß in zweyfacher Beziehung aufgefaßt werden müsse. Einmahl als eine instructive, reglementäre Vorschrift für die Landtafel und Grundbücher, wie sie auch wirklich nur in der In-

---

[1]) Landtafelpatent für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794. Instruction §. 29 und 55.

struction vorkommt, damit bey allen zu demselben Amte gehörigen Immobilien, welche zugleich verpfändet werden, die Uebersicht und die weitere Amtshandlung bey vorfallenden Veränderungen, bey Cessionen und After-Hypotheken, wo diese Anmerkung der Conjunction gleichfalls zu geschehen hat, erleichtert werde. Es ist nirgends vorgeschrieben, daß diese Anmerkung bey allen, auch unter einer andern Gerichtsbarkeit liegenden Immobilien geschehen müsse, dergestalt, daß die Außerachtlassung derselben eine Haftung oder Verantwortung des betreffenden Amtes zur Folge haben könne[1]). Zweytens ist diese Anmerkung aus dem Gesichtspunkte der Oeffentlichkeit des Hypotheken-Institutes und der Rechtsfolge derselben zu betrachten, und insoferne ist es Sache der Betheiligten, dafür zu sorgen, und ihr Begehren hiernach zu stellen, damit diese Anmerkung überall, wo sie es für nothwendig erachten, um ihre allfälligen Rechte zu verwahren, in das öffentliche

---

[1]) Man denke sich nur die Inconvenienzen und Weitläufigkeiten, wenn eine Forderung auf fünf oder sechs Grundstücke bey verschiedenen Grundbüchern, oder bey mehreren in verschiedenen Provinzen liegenden Immobilien simultane eingetragen werden soll, und den Grundbuchsämtern zur Pflicht gemacht werden wollte, darüber zu wachen, daß diese Anmerkung der Gesammthaftung überall eingetragen werde. Auch das bayrische Hypotheken-Gesetz fordert nur (§. 147), daß das Hypothekenamt diese Anmerkung bey allen zu seinem Amtskreise gehörigen Gütern zu machen, außerdem aber den Betheiligten zu erinnern habe, daß er zur Verwahrung seiner Rechte sich eines gleichen Eintragens wegen an die andern Hypothekenämter wenden solle, und mit Recht, weil es ja nur von dem Gläubiger abhängt, auf welchen Gütern seines Schuldners er eine Hypothek erwerben wolle. Ist aber die Conjunction einmahl bey den verschiedenen Immobilien eingetragen worden, so muß diese allerdings bey den nachfolgenden Veränderungen, bey Cessionen, After-Hypotheken von Amtswegen eingetragen werden, in welchem Falle daher zur Hintanhaltung aller nur zu leicht entstehenden Collisionen, auch die verschiedenen Grundobrigkeiten sich von Amtswegen in das Einvernehmen zu setzen haben, damit diese Anmerkung überall gehörig vorgenommen werde.

Buch eingetragen werde. In dieser Hinsicht erscheint sie allerdings von großer Wichtigkeit bald für den Schuldner, bald für den Gläubiger, oder für den dritten Besitzer, wie ich im Verfolge zeigen werde; so wie die Unterlassung dieser Anmerkung da, wo sie von den Betheiligten begehrt wird, oder vermöge der Instruction von Amtswegen vorgenommen werden soll, eine Verantwortlichkeit der Behörde nach sich ziehen kann.

§. 8.

Beschaffenheit der Eintragung zur Constituirung einer Gesammt-Hypothek bey einem gemeinschaftlichen Eigenthum.

Bey abgesonderten für sich bestehenden Immobilien, auch ganzen Gütercompleren, bey welchen nur Einer allein als Besitzer erscheint, kann die Eintragung einer Gesammt-Hypothek in das öffentliche Buch keinem Anstande unterliegen. Allein bey einem gemeinschaftlichen, oder ideal getheilten Eigenthum eines Immobile, welches mehreren Theilnehmern gehört, können leichter Collisionen eintreten, wenn die Eintragung in das öffentliche Buch nicht gehörig angesucht und vorgenommen wird. Solche Gemeinschaften des Eigenthums nach relativen Antheilen, z. B. $1/2$, $1/3$ oder $1/4$, und selbst mit kleinern Bruchtheilen finden wir besonders in Städten sehr häufig, so daß man oft nur erst nach einer genauen Berechnung den jedem Interessenten gehörigen Antheil herausbringen kann. Hier kann also die Eintragung der Hypothek nicht gleichgültig seyn in dem Falle, wenn mehrere Theilnehmer conjunctim für eine und dieselbe Forderung verpflichtet seyn sollen. Ich wähle das einfache Beyspiel von zwey Ehegatten, A und B, welche um ein Haus gemeinschaftlich, also zu gleichen Theilen vergewährt sind, und sich zur ungetheilten Hand verbindlich machen, das ihnen vom Gläubiger C gegebene Darlehen pr. 200 fl. zu bezahlen, zur Hypothek aber ihr Haus bestellen. Begehrt nun C die Einverleibung dieses Darlehens auf das Haus seiner Schuldner überhaupt, ohne die Solidar-Haftung eintragen zu lassen,

oder ohne zu verlangen, daß das Darlehen pr. 200 fl. auf dem Hausantheil eines jeden Ehegatten eingetragen werde, so entsteht keine Gesammt-Hypothek. Die persönliche Correalität besteht allerdings, der Gläubiger kann jeden der beyden Ehegatten auf das Ganze belangen, allein bey der Execution der Hypothek kann er aus dem Erlöse die Bezahlung von jedem Ehegatten nur pro rata seines Antheils an dem Hause, also in diesem Falle nur von jedem die Hälfte verlangen. Es soll demnach zur Constituirung einer Gesammt-Hypothek bey einer Gemeinschaft des Eigenthums die Eintragung jederzeit so beschaffen seyn, daß Jedermann sogleich ersehen könne, welche Antheile des Immobile für eine und dieselbe Forderung conjunctim verhaftet seyen, und zwar wegen des Princips der Oeffentlichkeit, und der Rechtsfolgen derselben, damit nachfolgende Gläubiger durch derley Unrichtigkeiten keiner Verlustgefahr ausgesetzt werden. So soll es in dem vorerwähnten Falle, wenn die Eintragung auf das ganze Haus, ohne besondere Benennung der Antheile geschieht, ausdrücklich bemerkt werden, mit Solidar-Haftung beyder Eigenthümer, oder es soll die ganze Forderung auf jeden Antheil besonders eingetragen werden. Nur dadurch wird die Gesammt-Hypothek beyder Hausantheile evident dargestellt. Ganz fehlerhaft ist demnach die entgegengesetzte Manipulation der Aemter, so wie die Ausfertigung der Extracte, wenn es darin heißt: Auf dem ganzen Hause eingetragen, den 25. September 1835 für den N. N. als Darlehen 200 fl. in Folge Schuldverschreibung vom 20. September 1835. Wie soll denn da ein Dritter, der allenfalls nur einem der beyden Eheleute später ein Darlehen gibt, aus einer solchen Eintragung, oder aus einem Extracte ersehen können, daß jede Hälfte schon mit der ganzen Forderung belastet sey, um hiernach seine Sicherheit zu bemessen? Ich weiß wohl, daß man diese Ansicht in der Praxis nicht theilt, daß man es für zureichend erklärt, wenn nur in der in das öffentliche Buch eingetragenen Schuldurkunde die Solidar-Haftung enthalten

ist, daß man den verkürzten postlocirten Gläubiger auf den §. 443 d. b. G. B. hinweiset, welcher sagt: „Wer die öffentlichen Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit.“ Die Folgen dieser entgegengesetzten Ansicht sind leider schon manche unverschuldete Verluste treuherziger Gläubiger, und kostspieliger Processe gewesen, welche so leicht beseitiget werden konnten, da diese Bemerkung der Solidar-Haftung, wie oben gesagt, nur mit wenigen Worten ersichtlich gemacht werden kann, den Parteyen auch keine mehreren Unkosten verursacht werden, weil bey der Eintragung der Gesammt-Hypotheken auf noch so viele Immobilien, welche demselben Amte unterstehen, das Satzpfundgeld nur einmahl anfgerechnet wird [1]).

---

[1]) Ich erwähne nur eines vor zwey Jahren in allen drey Instanzen entschiedenen merkwürdigen Rechtsfalles, wo ein Gläubiger im Vertrauen auf das öffentliche Buch, und den ihm hinausgegebenen Grundbuchs-Extract seine ganze Forderung verloren hat. Auf einem Vorstadthause in Wien, welches zwey Eheleuten zu gleichen Theilen gehörte, hafteten für den A primo loco 1500 fl., und für den B 2do loco 2000 fl., als Darlehen. Insbesondere waren noch auf der Haushälfte des Mannes für den C 3tio loco 2000 fl. als Darlehen eingetragen. Ueber die von C geschehene Liquidirung seiner Forderung wurde die Haushälfte des Mannes im Wege der Execution feilgebothen, und von der Ehegattinn des Schuldners, als Eigenthümerinn der andern Hälfte, um den Meistboth pr. 2825 fl. C. M. erstanden. Bey der Zuweisung des Kaufschillings verlangte nun B die volle Befriedigung mit seinen 2000 fl. von diesem Kaufschillinge, und berief sich auf den mit der Correal-Verbindlichkeit ausgestellten Schuldschein, so daß durch diese 2000 fl. und die Hälfte der ersten Satzpost des A pr. 750 fl. mit den von beyden Posten ausgehafteten Interessen der ganze Kaufschilling erschöpft wurde, und C ganz durchfiel, obschon er im Falle, wenn die Forderung des B nur zur Hälfte bezahlt worden wäre, doch etwas über 1000 fl. erhalten haben würde. C hat zwar in dem über die Kaufschillings-Ausweisung abgeführten Rechtsstreite den Grundbuchs-Extract producirt, in welchem von einer Solidar-Haftung nichts enthalten war, wurde aber durch

§. 9.

Rechtsverhältnisse der postlocirten Gläubiger.

Eine besondere Aufmerksamkeit bey einer Gesammt-Hypothek verdienen die postlocirten Gläubiger, deren Rechte nur

---

die in drey Instanzen erfolgten abweichenden Entscheidungen sachfällig, und in den Motiven wurde unter andern angeführt: Der Umstand, daß in dem Grundbuchs-Extracte von der Solidar-Haftung der Hausbesitzer keine Erwähnung geschehe, ändere an dem Rechte des Gläubigers nichts, indem der Extract nur das Instrumentum referens sey, welches sich auf das Grundbuch beziehe, und der Geklagte, nämlich der Gläubiger C, wenn er das Grundbuch nicht eingesehen hat, für seine Nachlässigkeit nach §. 443 des b. G. B. zu leiden habe. Dieser Rechtsstreit veranlaßte auch einen in dieser Zeitschrift (Jahrgang 1834 IV. Heft Nr. XI.) enthaltenen Aufsatz in dem Sinne der hierüber erfolgten definitiven Entscheidung, in welchem der gute Rath gegeben wird, daß man deßwegen bey Darlehen oder Elocirung von Capitalien auf Antheile von Realitäten sorgfältig darüber wachen müsse, ob bey den früheren Hypothekar-Posten, mit welchen die ganze Realität belastet ist, nicht eine Solidar-Verbindlichkeit hafte. Allein, wie soll denn das geschehen, wenn in diesem Aufsatze schon von vornherein behauptet wird, daß weder durch das a. b. G. B., noch durch eine sonstige gesetzliche Vorschrift der Gläubiger verpflichtet sey, seine Forderung auf jeden Antheil der Realität in ihrem vollen Betrage besonders auszeichnen zu lassen? wenn ferner auch ein Grundbuchs-Extract als ein angebliches Instrumentum referens sine relato nichts beweisen soll? Wie soll denn da der Dritte auf seiner Huth seyn, um sich vor Schaden zu verwahren? Man verweiset ihn auf das öffentliche Buch, und doch enthält dasselbe nichts von der Solidarhaftung. Wahrscheinlich will man damit so viel sagen: der Dritte habe die beym Grundbuche eingeschriebenen, oder dort aufbewahrten Urkunden z. B. die Schuldurkunde, in welcher die Solidarhaftung enthalten ist, einzusehen, daraus könne er entnehmen, daß auch eine Gesammt-Hypothek bestehe. Allein das ist keineswegs dem Princip der Oeffentlichkeit des Hypotheken-Instituts, noch weniger ist dieses dem Wortlaute und dem Sinne des §. 443 d. b. G. B. gemäß. Das öffentliche Buch muß das Daseyn

zu leicht gefährdet werden können. Die Collisionen und Verwicklungen, die in Ansehung ihrer entstehen, die Schwierigkeiten bey Ausmittlung der verschiedenen Rechtsverhältnisse

einer Hypothek befriedigend zeigen, und muß Jedem, selbst dem Ungelehrten eine genaue Kenntniß von dem Zustande eines Immobile verschaffen. Jeder muß daraus mit Leichtigkeit ersehen, was auf dem ganzen Immobile, und jedem einzelnen Theil haftet. Der §. 443 des b. G. B. fordert die Einsicht in das öffentliche Buch, nicht aber auch das Lesen der eingetragenen Urkunden. Nach dem Hofdecrete vom 4. Jänner 1819, Nr. 1567, ist unter den öffentlichen Büchern das Hauptbuch zu verstehen, in welches keine Urkunden eingetragen werden, und wenn gleich nach Verschiedenheit der Grundbücher-Manipulation im Satz- oder Vormerkbuche folgt eben so in den, den Parteyen extradirten Satzbriefen, der Inhalt der Schuldurkunden extractive in Kürze eingeschaltet wird, so, und noch nicht daraus, daß die in der Schuldurkunde erwähnte Solidarhaftung schon deßwegen auch eine Solidar-Hypothek begründe, wenn letztere nicht ausdrücklich begehrt, und in dem Satzbuche und Satzbriefe ausdrücklich bemerkt wird, weil eine Correalitas personalis nicht auch nothwendig eine Gesammt-Hypothek seyn muß, weil es von dem Gläubiger abhängt, ob, und wie er bey dem Ansuche um Einverleibung von seinem Rechte Gebrauch machen will, und weil überhaupt das Amt bey Eintragung der Hypotheken sich genau nach dem Begehren der Parteyen zu richten hat. (Landtafel-Patent für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794). Welche Inconvenienzen, und lästige, auch zwecklose Weitläufigkeiten würden wohl daraus entstehen, wenn man bey der Aufnahme oder Elocirung eines Capitals immer vorläufig die Schuldurkunden von allen vorausgehenden Posten lesen, und einstudiren sollte, um nur eine allenfalls noch verborgene Hypothek zu entdecken. Was wäre denn da unsere Oeffentlichkeit des Hypotheken-Instituts? Man müßte auf solche Art bey den Grundbüchern eigene Lese-Cabinete einführen! Warum soll denn ein Grundbuchs-Extract, als eine unter öffentlicher Autorität ausgefertigte Urkunde nicht genügen, in welcher doch alle auf einem Immobile, und dessen Theilen haftenden Hypotheken aufgeführt werden sollen? Wer sich einen Extract aus dem öffentlichen Buche geben läßt, leistet auch dem §. 443 des b. G. B. vollkommen Genüge, er vertritt die Stelle der Einsicht. Ist er richtig den Einträgen gemäß

werden um so größer, je weniger wir in unsern Gesetzen und auch in den Gesetzgebungen anderer Staaten ausreichende Vorschriften aufzufinden vermögen. Erwägt man aber auch diese Rechtsverhältnisse, und ihre verschiedenartige Gestaltung genauer, so zeigt sich wohl bald, daß sich hierüber keine allgemein geltenden Vorschriften aufstellen lassen, daß also in dieser Hinsicht der Gesetzgebung kein Vorwurf gemacht werden könne. Wird für eine richtige genaue, und verläßliche Amtshandlung bey Führung der öffentlichen Bücher, für eine richtige Eintragung der Hypotheken, und insbesondere für die Evidenzhaltung der Gesammt-Hypothek bey einem gemeinschaftlichen Eigenthume gesorgt, und das Princip der Oeffentlichkeit zweckmäßig durchgeführt, so hat die Gesetzgebung das geleistet, was in dieser Hinsicht von ihr gefordert werden kann, alles Uebrige ist Sache der Betheiligten, denen es selbst obliegt, für die Sicherstellung ihrer Rechte zu sorgen, und einer allfälligen Verlustgefahr vorzubeugen. Wer also auf ein Immobile, worauf bereits eine Forderung haftet, noch ein Darlehen gibt, der muß ja wissen, daß diese Forderung ihm vorgehe, daß dieser Gläubiger bey Realisirung der Hypothek zuerst befriedigt werden müsse, daß er hierzu Kraft der früher erworbenen Hypothek berechtiget sey. Der Umstand, daß der frühere Gläubiger auch wegen eben dieser Forderung auf anderen Immobilien des Schuldners eine Hypothek, also eine Gesammt-Hypothek besitze, die Meinung, daß er vielleicht seine Befriedigung nicht allein aus einem, sondern aus beyden Immobilien verhältnißmäßig suchen werde, soll und darf dem zweyten Darleiher oder Gläubiger zu keinem Motiv dienen, weil ihm die Rechtswirkung einer Gesammt-Hypothek und das dem vorausgehenden Gläubiger zustehende Wahlrecht bekannt seyn soll. Die Rechte der Hypothekar-Gläubiger werden nicht durch das anderweitige

ausgefertigt, so macht er volle Beweiskraft; ist er unrichtig, fehlerhaft ausgefertigt, so muß das Amt demjenigen, welcher im Vertrauen auf denselben gehandelt hat, für allen Nachtheil haften.

Vermögen ihres Schuldners, oder durch Aussichten und Hoffnungen, sondern lediglich durch die Eintragung auf das ihnen speciell verpfändete Immobile und auf den ihnen dort angewiesenen Locus bestimmt. Hieraus folgt aber noch nicht, daß der vorausgehende Gläubiger, obschon innerhalb der Gränzen seiner Rechtsbefugniß, mit seiner Gesammt-Hypothek willkürlich bloß zum Nachtheil der postlocirten Gläubiger disponiren könne, ohne für sich einen Vortheil zu erhalten, oder überhaupt ein Interesse dabey zu haben; er soll vielmehr da, wo sich sein Interesse mit dem ihrigen vereinigen läßt, auf ihr Verlangen demselben gemäß handeln. Hiernach läßt sich wohl in einem solchen directen Collisions-Falle der allgemeine Grundsatz aufstellen „daß zwar der Gläubiger in der Realisirung seiner Gesammt-Hypothek durch die nachfolgenden Gläubiger nicht beirrt werden könne, daß er aber auch zu ihrem Schaden mit seiner Forderung und hiernach auch mit seiner Gesammt-Hypothek keine Veränderung vornehmen dürfe; daß er vielmehr da, wo sich sein Interesse mit dem ihrigen ohne seinen Nachtheil vereinigen läßt, keine Hindernisse legen soll [1]). Da sich jedoch bey Realisirung einer Gesammt-Hypothek die Rechte der postlocirten Gläubiger im Leben verschieden gestalten, so wollen wir diese hier nach den gewöhnlich vorkommenden Verhältnissen beurtheilen.

§. 10.
Wenn alle conjunctim verpfändeten Immobilien zugleich öffentlich feilgebothen werden.

Daß es sich hier um die öffentliche nothwendige Feilbiethung handle, und zwar in oder außer dem Concurse, be-

[1]) Dieser Grundsatz beruht zwar zunächst auf der aequitas, und ist aus dem Vernunftrechte abgeleitet. Allein auch unser a. b. G. B. §. 7 gestattet, im Zweifel nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.

darf erst keiner besondern Erörterung, weil eine freywillige Versteigerung oder Ueberlassung eines Gutes an einen Dritten, sie mag gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, den darauf eingetragenen Gläubigern, wenn sie nicht vorläufig darüber vernommen worden sind, ohnehin nicht nachtheilig seyn kann [1]). Da nun der Gläubiger vermöge seines Hypotheken-Rechtes befugt ist, für die ganze Forderung jedes verpfändete Immobile klagbar zu verfolgen, und aus dem Verkaufe desselben unabhängig von den Rechten, welche den nachfolgenden Gläubigern gegen einander zustehen, seine Befriedigung zu begehren; so folgt, daß er vermöge dieses ihm zustehenden Wahlrechtes alle ihm verpfändeten Immobilien zugleich, oder nur eines derselben in die Execution ziehen, und sich mit seiner ganzen Forderung aus dem Erlöse zahlhaft machen könne. Z. B. Es wären drey Immobilien:

	Ein Haus,	ein Acker,	eine Wiese
Auf jedem derselben haften conjunctim für den A	3000 —	3000 —	3000 fl.,
auf jedem aber mit speciellen Hypotheken folgende Gläubiger:	B mit 1000 —	C mit 500 —	D mit 2000 fl.

Gesetzt nun, A executirt wegen seiner Forderung pr. 3000 fl. alle drey Immobilien, das Haus wurde für 3000 fl.
der Acker für 1000 „
die Wiese für 2000 „

verkauft, zusammen 6000 fl.

so fragt es sich: kann A seine Befriedigung nur aus dem Kaufschillinge des Hauses verlangen? Da würde der 2do loco eingetragene Gläubiger B mit seinen 1000 fl. ganz durchfallen, obschon er befriediget werden könnte, wenn A sämmtliche Erlöse beyziehen würde. Kann nun B wegen der ihm drohenden offenbaren Verlustgefahr dieses verlangen? Ich glaube allerdings, da hier der Fall einer Collision der Rechte zwischen

[1]) Patent vom 9. April 1782, Nr. 40.

dem A und B eintritt, folglich der oben aufgestellte Grundsatz zur Anwendung kommt, indem der Gläubiger A keinen Schaden leidet, in jedem Falle seine vollständige Befriedigung erhält, hiernach sein Interesse mit jenem der postlocirten Gläubiger vereinigt werden kann. Wie soll aber die Vertheilung geschehen? Da jeder Gläubiger schon bey der Wahl und Bestellung der Hypothek in der Regel nach dem Werthe derselben und eigentlich nach dem möglichen Erlöse bey einem allfälligen Verkaufe des Immobile seine Sicherheit, und die Art der Realisirung bemißt, bey conjunctim verpfändeten Immobilien der Werth eines jeden einzelnen, so wie der Gesammtwerth aller Immobilien in Anschlag gebracht wird, so daß jenes, was bey dem einen fehlt, bey dem andern wieder hereingebracht werden kann, so wird dieser Zweck nach der Societätsregel erreicht, indem die Kaufspreise aller conjunctim belasteten Immobilien zusammengerechnet, dann die Summe der Forderungen entgegengehalten, und hiernach der jedes Immobile treffende Antheil berechnet wird. Die Formel ist: Der Gesammterlös aller Immobilien zu dem Betrage der Forderung, wie der Erlös der einzelnen Immobilien zu dem zu leistenden Beytrage; daher in obigem Beyspiele:

$$6000 : 3000 = 3000 : 1500$$
$$6000 : 3000 = 1000 : 500$$
$$6000 : 3000 = 2000 : 1000$$

und so erhält A von dem Kaufpreise des Hauses 1500
von jenem des Ackers . . . 500
und von der Wiese . . . 1000

zusammen 3000 fl.

daher seine ganze Forderung [1]). Von den postlocirten Gläubigern

[1]) v. Gönner in seinem Commentar Bd. 1 S. 472 u. f. f. wendet die Societätsregel bey dem Rechtsverhältnisse dritter Besitzer, der conjunctim verhypothecirten Immobilien, nach den Grundsätzen der Correalität zur Ausmittlung des Ersatzes an. Auch Herr Regierungsrath und Professor Winiwarter hat nach diesen

erhält B 1000 fl., C 500 fl. und D 1000 fl., und zwar jeder von dem Erlöse der ihm speciell verpfändeten Immobilien. Allein der Gläubiger D verliert demungeachtet an seiner Forderung den Betrag mit 1000 fl. Kann er nicht verlangen, daß ihm zu einiger Entschädigung die von dem Hause erübrigten 500 fl. zugewiesen werden? Ich glaube diese Frage bejahen zu können; denn diese erübrigten 500 fl. würden so dem Schuldner zufallen, der doch hierauf keinen gegründeten Anspruch machen kann, so lange ein Hypotheken-Gläubiger unbefriedigt bleibt. Zudem ist eine Concurrenz der Gläubiger bey der Execution eines Immobile und bey Vertheilung des Erlöses einem Particular-Concurse gleichzuhalten, da es in rechtlicher Beziehung gleich ist, ob bey einer aus einer Gesammt-Hypothek entstehenden Collision ein nachstehender Gläubiger in oder außer dem allgemeinen Concurse seine Forderung verlieren soll. Daß aber demungeachtet der Gläubiger D von seiner Forderung noch 500 fl. verliert, das muß er sich gefallen lassen, da dieses nicht eine Folge der Ausübung der Gesammt-Hypothek, sondern der Unzulänglichkeit des Erlöses für die ihm speciell verpfändete Wiese erscheint [1]). Eine Ausnahme von der Anwen-

---

Grundsätzen in seinen Erläuterungen des G. B. II. Thl. S. 237 zu Ausmittlung der Rechte der After-Hypothekengläubiger in einem passenden Beyspiele die Societätsregel angewendet; allein ich kann der Anwendung derselben bey den After-Hypotheken nicht durchaus beystimmen, wovon ich in der Folge handeln werde.

[1]) Das bayrische Hypothekengesetz vom Jahre 1822 und eigentlich die Prioritäts-Ordnung §§. 18 und 19 will für dieses Rechtsverhältniß zur Abwendung des Verlustes der postlocirten Gläubiger dadurch gesorgt haben, daß in dem Falle, als durch die Anweisung der ganzen, mit ungetheilter Summe auf mehreren Immobilien eingetragenen Forderung auf den Erlös eines oder des andern derselben, nicht alle auf den verschiedenen Immobilien eingetragenen Forderungen befriediget werden können, die Kaufschillinge aller dieser verhypothecirten Immobilien zusammengeworfen, und aus dem Gesammterlöse die auf alle verhypothecirten Immobilien eingetragenen Forderungen nach der Priorität der Zeit, ohne Un-

bung der Societätsregel auf alle conjunctim verpfändeten Immobilien würde in dem Falle eintreten, wenn die Gesammt-Hypothek nicht bey allen Immobilien in gleicher Priorität eingetragen worden wäre, wie dieses im Leben oft zu geschehen pflegt, da ein Gläubiger nicht zu gleicher Zeit, sondern nach Umständen in verschiedenen Zeitperioden die Eintragung auf den ihm verpfändeten Immobilien begehren kann (§. 2). Gesetzt, im obigen Beyspiel, es wäre der Gläubiger A auf dem Hause 2do loco, also nach den 1000 fl. des B, auf dem Acker 1mo loco, und auf der Wiese wieder 2do loco eingetragen, so wäre A berechtiget, seine Befriedigung aus dem Erlöse des Hauses und des Ackers zu verlangen, weil der Erlös der Wiese schon durch die ihm vorausgehenden 2000 fl. erschöpft wird, also auf ihn kein verhältnißmäßiger Antheil mehr entfallen kann. Doch kann in diesem Falle — was überhaupt in allen derley Fällen, wo der Gesammt-Hypothek bereits eine Hypothek vorausgeht, Statt findet — nicht der volle Erlös des Hauses

---

terschied, auf welche Immobilien sie ursprünglich eingetragen waren, locirt werden. Dieses soll nach der Meinung Gönner's nicht nur in, sondern auch außer einem Concurse Anwendung haben, da überall derselbe Grund des Gesetzes eintritt. Doch erachte ich, daß die Anwendung der Societätsregel nach obigem Beyspiele dem Zwecke, und einer gerechten Vertheilung mehr entspreche, als das Zusammenwerfen der Kaufschillinge, weil durch Erstere nur die Realisirung der Gesammt-Hypothek für die postlocirten Gläubiger unschädlich gemacht wird, die Rechte der Letztern aber ganz unbeirrt bleiben, und jeder nach Maßgabe des Erlöses von dem ihm speciell verpfändeten Immobile, worauf er auch der Regel nach, nur Anspruch machen kann, befriedigt wird, nach dem bayrischen Gesetze aber dem Grundsatze der Specialität, wornach ein Gläubiger nur aus der ihm verpfändeten Sache seine Befriedigung zu erhalten hat, zuwider gehandelt wird, indem hier nur zu leicht der Fall eintreten kann, daß einer der postlocirten Gläubiger, obschon er von dem ihm speciell verpfändeten Immobile befriediget worden wäre, doch durchfalle, wenn ihm ein auf einem andern Immobile eingetragener Gläubiger in der Priorität vorgeht, und daher vom Gesammterlöse vor ihm befriedigt wird.

pr. 3000 fl., sondern nur der nach Abzug der früheren Forderung des B pr. 1000 fl. verbleibende Rest pr. 2000 fl. als Basis der Proportional-Rechnung angenommen werden, weil auf solche Art dem A wegen der vorausgehenden Forderung des B nur die Werthsquote des Hauses, daher auch nur die Quote des Erlöses mit 2000 fl. verpfändet bleibt [1]).

§. 11.

Wenn von den conjunctim verpfändeten Immobilien nur das eine oder das andere verkauft wird.

Hier können zweyerley Fälle eintreten:

1.) Wenn der Gläubiger in Folge seiner Gesammt-Hypothek zwar alle Immobilien in die Execution zieht, und feilbiethen läßt, jedoch ein oder das andere auch bey der dritten executiven Feilbiethung nicht verkauft werden kann, so ist der

---

[1]) Hier erlaube ich mir, zu dem vom Herrn Vice-Präsidenten von Pratobevera in den Materialien zur Gesetzkunde und Rechtspflege 8. B. S. 340 angeführten Rechtsfall, der mir wohl bekannt ist, zu bemerken, daß sich die postlocirte Gläubigerinn K über eine Beeinträchtigung ihrer Rechte um so weniger zu beklagen Ursache hatte, als der vorausgehende Gläubiger, und rücksichtlich Cessionar schon ursprünglich mit seiner Forderung nur auf den Hausantheilen des Mannes einverleibt war, die nachfolgende Gläubigerinn K also bey der Elocirung ihrer Forderung pr. 11,000 fl., auf eben diese Antheile des Mannes, hiervon Kenntniß hatte, daß ferner die Solidar-Verbindlichkeit von Seite der Ehegattinn erst in der Folge, als der vorausgehende Gläubiger seine Forderung gegen dem Mann einklagte, durch ihren Beytritt zu dem gerichtlichen Vergleich entstanden ist, und auf ihre Hausantheile einverleibt wurde, so daß nun erst die Solidarhaftung der $^4/_9$ Hausantheile eingetreten war, dadurch also an dem schon früher bestandenen Hypothekenrechte des Gläubigers, sich mit seiner Forderung aus den Antheilen des Mannes allein zahlhaft zu machen, ohne seine Einwilligung nichts verändert werden konnte, um so minder, als er auf dem Antheile der Ehegattinn nicht in gleicher Priorität einverleibt war.

Gläubiger Kraft seiner Gesammt-Hypothek und in Folge der Solidarität der Haftung aller ihm verpfändeten Immobilien berechtigt, aus dem verkauften Immobile seine volle Befriedigung zu begehren, und zwar nach Maßgabe des Erlöses mit dem Vorbehalte, auf die übrigen Immobilien in Ansehung des allenfalls nicht bezahlten Theils seiner Forderung.

2.) Der Gläubiger sucht seine Befriedigung nur aus einem Immobile, und bringt nur dieses zur Feilbiethung. Bey einem Concurse dürften aus einem nur theilweise angesuchten, oder nur theilweise vorgenommenen Verkaufe der conjunctim verpfändeten Immobilien für die postlocirten Gläubiger keine bedeutenden Collisionen entstehen, weil die Realisirung des gesammten Crida-Vermögens ohnehin gesetzlich geschehen muß, weil im Falle, als ein oder das andere Immobile ungeachtet mehrmahliger Feilbiethungen nicht an Mann gebracht werden kann, wegen Uebernahme desselben unter den Gläubigern ein angemessenes Uebereinkommen zu treffen ist, dabey aber die Rechte der darauf eingetragenen Gläubiger unverändert bleiben, weil endlich im Concurse auch eine theilweise Veräußerung der Immobilien, für die postlocirten Gläubiger um so weniger einen Nachtheil hervorbringt, als noch immer bey der Repartition der Erlöse die Ausgleichung unter den Gläubigern mit Rücksicht auf die Gesammt-Hypotheken Statt finden kann. Denn, obschon die Forderung bey jedem der Immobilien mit der ganzen Summe in die Classification gestellt wird, so ist doch bey der Repartition dafür zu sorgen, daß sie aus allen Immobilien im Ganzen nur einmahl befriediget werde, und wären die conjunctim verpfändeten Immobilien in verschiedenen Provinzen, so haben sich ohnehin die Massavertreter gegenseitig in das Einvernehmen zu setzen, und darüber zu wachen, daß eben diese bey jeder Concurs-Verhandlung angemeldete und liquidirte Forderung nur einmahl bezahlt werde. Anders aber verhält es sich bey der executiven Feilbiethung, da ist der Gläubiger berechtiget, die Zahlung seiner Forderung aus dem Erlöse des allein verkauften Immobile

zu verlangen. Kann nun nicht ein postlocirter Gläubiger wegen der Gefahr des Verlustes seiner Forderung begehren, daß auch die übrigen Immobilien beygezogen, und verkauft werden? Kann im obigen Beyspiele, wenn A seine Befriedigung nur beym Hause sucht, der nachfolgende Gläubiger B verlangen, daß auch der Acker und die Wiese verkauft werden? Aus eigenem Rechte kann er dieses keineswegs, es wäre denn, daß er die Forderungen auf den übrigen Immobilien bereits an sich gelöset, und nun zu gleicher Zeit die Feilbiethung der letztern bewirkt hätte, dann würde das Rechtsverhältniß wie im vorigen Paragraphe eintreten, sonst aber wäre er zu diesem Begehren nicht befugt, da hieraus nur zu leicht nicht nur für den Schuldner, sondern auch für die übrigen Gläubiger Nachtheile entstehen könnten. Für den Schuldner, weil auf solche Art leicht ein postlocirter Gläubiger wegen eines unbedeutenden Verlustes alle Immobilien, zu einer vielleicht ungünstigen Zeit, zum Verkaufe bringen könnte, oder auch ein von dem executirenden Gläubiger in guter Absicht freygelassenes Immobile, welches dem Schuldner für seinen Erwerb, oder zur Erhaltung der Familie nothwendig ist. Für die übrigen Gläubiger, weil nun einer oder der andere derselben gleichfalls einer Verlustgefahr ausgesetzt werden würde, wie in dem obigen Beyspiel der Gläubiger D, der, wenn die Wiese nicht beygezogen wird, aus dem abgesonderten Verkaufe und dem möglichen Erlöse derselben mit seiner Forderung pr. 2000 fl. befriedigt werden kann. Was also Einem vortheilhaft ist, wird dem Andern nachtheilig. Jedoch glaube ich, daß in dem Falle, wenn unter den conjunctim verpfändeten Immobilien eines von allen Nach-Hypotheken frey wäre, und der Gläubiger nur die übrigen mit Nach-Hypotheken belasteten zum Nachtheil der postlocirten Gläubiger feilbiethen lassen will, derselbe mit Einwilligung des Schuldners gezwungen werden könne, sich an das mit Nach-Hypotheken nicht belastete Immobile zu seiner Befriedigung zu halten, und die übrigen frey zu lassen, weil er in diesem Falle offenbar sein

Wahlrecht zum Schaden der postlocirten Gläubiger ausüben würde, er selbst keinen Nachtheil zu besorgen hat, und so der oben (§. 9) aufgestellte Grundsatz vollkommene Anwendung findet.

§. 12.

Rechtsmittel für die postlocirten Gläubiger.

Bey den so verschiedenartigen Verhältnissen, welche im Leben vorkommen, lassen sich nicht leicht allgemein geltende Normen und Verfahrungsarten vorzeichnen, durch welche ein postlocirter Gläubiger einer drohenden Verlustgefahr vorzubeugen, oder doch wenigstens einen Theil seiner Forderung zu retten, in den Stand gesetzt werden könnte. Immer wird es die Sache der Betheiligten seyn, ihre Rechte zu wahren, und gleich bey der Elocirung ihrer Capitalien bey solchen Immobilien, auf welchen bereits eine Gesammt-Hypothek haftet, auf ihre Sicherheit Bedacht zu nehmen, und nach Lage der Umstände die entsprechende Einleitung zu treffen, um mögliche Collisionen und Verluste abzuwenden. In dieser Hinsicht erscheint als das wirksamste Rechtsmittel für den postlocirten Gläubiger, daß er für seine nachstehende Forderung sich ebenfalls eine Gesammt-Hypothek verschaffe, also z. B. ein dem Eigenthümer mehrerer bereits conjunctim einem Dritten verhafteten Immobilien gegebenes Darlehen gleichfalls auf allen Immobilien conjunctim einverleiben lasse. So kann er durch die ihm vorausgehende Gesammt-Hypothek keiner Verlustgefahr ausgesetzt werden, weil er mit seiner Forderung nicht speciell nur auf ein Immobile, sondern gleichfalls auf alle Immobilien angewiesen wird, daher sich bey Unzulänglichkeit des einen Immobile, noch an die übrigen halten kann. Außerdem dürften nach Umständen auch folgende besondere Rechtsmittel Anwendung finden:

1.) Das Ablösungsrecht (Jus offerendi) nach §. 462 des b. G. B. Dieses wird freylich nicht in allen Fällen ausreichen; denn wenn in der Folge der ablösende Gläubiger gleichfalls

zum Nachtheil der übrigen postlocirten Gläubiger von seiner Gesammt-Hypothek Gebrauch macht, so müßten diese abermahl gegen ihn das jus offerendi geltend machen, und die Gläubiger sich auf diese Art im Kreise des wechselseitigen Ablösungsrechtes drehen. Allein in besondern Fällen, um etwa den Verkauf eines Immobile zu einer ungünstigen Zeit abzuwenden, oder um in der Folge den Verkauf aller Immobilien zu veranlassen, oder um eines dringenden unbilligen Gläubigers für den Augenblick los zu werden, kann das jus offerendi doch für das allseitige Interesse der postlocirten Gläubiger wirksam seyn.

2.) Das Recht des verkürzten Gläubigers gegen seinen Schuldner auf eine anderweitige Sicherheit. Der Schuldner bleibt dem Gläubiger ungeachtet des Verlustes der Hypothek noch immer verpflichtet (§. 459), und da er dem Gläubiger für seine Forderung eine Hypothek zugesichert hat, so ist er diese auch nach Thunlichkeit zu verschaffen schuldig. Dieser Fall tritt dann ein, wenn ein Gläubiger durch die Ausübung der Gesammt-Hypothek von Seite des vorausgehenden Gläubigers um seine erworbene Hypothek gebracht wird, und ihm eine andere durch die übrigen, dem Schuldner noch gehörigen Immobilien geleistet werden kann. So könnte also im obigen Beyspiele (§. 10), wenn A das Haus allein executirt, und aus dem Erlöse pr. 3000 fl. seine volle Befriedigung erhalten hat, der dadurch verkürzte Gläubiger B verlangen, daß ihm für seine 1000 fl. auf den noch übrigen Immobilien des Schuldners eine Hypothek eingeräumt werde, was jedoch nur unbeschadet der Rechte der bereits darauf eingetragenen Gläubiger geschehen kann. Hiernach rechtfertiget sich die dort bey der Vertheilung sämmtlicher Erlöse dem auf der Wiese eingetragenen und verkürzten Gläubiger D zugewiesene Summe pr. 500 fl., welche von dem Erlöse des Hauses übrig blieb. Eben so könnten in dem Falle, wenn das mit Nachhypotheken nicht belastete Immobile von der Execution freygelassen würde, die durch die übrigen verkauften Immobilien verkürzten postlocirten Gläubiger auf dem ersteren für sich eine Hypothek erwerben.

Die Anwendung und Ausführung dieses Rechtsmittels wird nach Verschiedenheit der Umstände verschieden seyn und von einer klugen Einleitung abhängen. So kann der verkürzte Gläubiger, wenn er die Forderung nicht zugleich einzuklagen, und im Executionswege sich keine Hypothek zu verschaffen vermag, in Folge unseres Pränotations-Systems (§§. 438 u. 439 d. b. G. B.) die Forderung auf die übrigen Immobilien des Schuldners vormerken lassen, und auch gegen den Willen desselben eine Hypothek bewirken.

3.) Gehört hierher auch nach Umständen das Recht des verkürzten Gläubigers, aus demjenigen Ersatze seine Befriedigung zu erlangen, welchen ein Mitschuldner zur ungetheilten Hand, der die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, von den übrigen Mitschuldnern in Folge der §§. 896 und 1042 des b. G. B. zu fordern berechtiget ist, was entweder durch eine freywillige oder nothwendige Abtretung dieses Ersatzes an den verkürzten Gläubiger geschehen kann [1]).

(Die Fortsetzung folgt.)

---

[1]) Zur Erläuterung dient folgender Rechtsfall, der mit dem §. 8 angeführten Rechtsfalle im Zusammenhange steht, und eigentlich als eine Folge desselben anzusehen ist. Der Gläubiger C, welcher dort mit seiner Forderung pr. 2000 fl. bey der Haushälfte des Mannes, als seines eigentlichen Schuldners, ganz durchgefallen ist, bewirkte nun gegen denselben, gestützt auf den gerichtlichen Vergleich, die executive Pfändung und Einanwortung desjenigen Ersatzanspruches, welchen der Mann gegen seine Ehegattinn in Folge des §. 869 des b. G. B. aus dem Grunde zu stellen hatte, weil sie als Mitschuldnerinn der früheren beyden Satzposten durch die aus dem Kaufschillinge der Haushälfte ihres Mannes geleistete Zahlung von ihrer Verbindlichkeit gegen die Gläubiger zum Theil befreyt wurde, und begehrte mittelst Klage die Bezahlung der Hälfte des Kaufschillings pr. 2825 fl. C. M., welcher auf die Hälfte des Hauses des Mannes entfiel, mit 1412 fl. 30 kr., insoweit sich seine (des Klägers) Forderung an den Mann auf den gerichtlichen Vergleich pr. 1000 fl. c. s. c. erstreckt. Die Geklagte machte vor-

züglich die Einwendung, daß sie bey den bezahlten Satzposten nur als Bürge eingeschritten sey, und daß ihr Mann seiner ausdrücklichen Erklärung gemäß keinen Ersatz anspreche. In erster Instanz wurde der Kläger abgewiesen. Das Gericht ging von der Ansicht aus, daß ungeachtet der executiven Einantwortung, welche als eine Rechtsabtretung anzusehen sey, der vorgebliche Ersatzanspruch bey den dagegen gemachten Einwendungen erwiesen werden müsse. Da nun der Mann selbst gestehe, aus der Correal-Verbindlichkeit keine Forderung zu haben, der Kläger aber durch die Einantwortung nicht mehr Recht erwerben konnte, als dem Executirten selbst zustand, so müsse er mit seiner Klage, welche mit der frühern Judicatur im Widerspruche stehe, abgewiesen werden. Das Appellations-Gericht verwarf jedoch sowohl die unerwiesene Einwendung der Geklagten rücksichtlich der Bürgschaft, da in dem Grundbuchs-Extracte hiervon nichts vorkam, als auch die weitere in Ansehung der Ersatzverbindlichkeit, weil es ihre Sache gewesen wäre, in der Verhandlung zu zeigen, daß diese ihre in den §§. 896 und 1042 des b. G. B. gegründete Ersatz-Verbindlichkeit, eines besonderen zwischen ihr und ihrem Gatten bestandenen Rechtsverhältnisses wegen nie Statt fand, oder früher schon rechtlich erloschen sey, bevor noch die Einantwortung derselben an den Kläger erfolgte, um so mehr, als eine unentgeltliche Erlassung nach §. 953 des b. G. B. hinsichtlich des Klägers keine Gültigkeit gehabt hatte. Die Geklagte wurde zur Bezahlung eines Betrages pr. 975 fl. sammt Verzugszinsen verurtheilt, und zwar nach folgendem Maßstabe:

An den beyden ersten Satzposten sammt Interessen in Folge des anerkannten Kaufschillings-Ausweises pr. 3700 fl. hatte die Geklagte die Hälfte zu tragen mit	1850 fl.
Durch den erzielten Kaufschilling für die Haushälfte pr. 2825 fl. wurden für sie nur berichtiget	1412 „ 30 kr.
Es verblieb an der gemeinschaftlichen Schuld noch ein Rest mit 875 fl., wovon ihr der Mann, da sie denselben allein zu bezahlen hat, die Hälfte vergüten muß, mit	437 „ 30 „
Es zeigt sich daher, daß sie ihm nur einen Ersatz von zu leisten hat.	975 fl.

Dieses Erkenntniß wurde über die von der Geklagten ergriffene Revision bestätigt, war aber für den Kläger ohne Erfolg; denn als er gegen die Geklagte die Execution führte, hatte diese das Haus bereits einem Dritten verkauft, und besaß kein anderes Vermögen mehr.

XIII.

Criminalrechtsfall.

Vom

Herrn Franz Schuselka.

Die Bauernmagd Anna bringt in Folge unehelicher Schwangerschaft von dem Knechte Hanns ein lebendiges Kind zur Welt. Da sie sowohl die Schwangerschaft, als die Geburt zu verheimlichen gewußt hatte, so befindet sie sich jetzt in großer Verlegenheit, was sie mit dem Kinde beginnen soll. Das Resultat ihrer ängstlichen und leichtsinnigen Ueberlegung ist endlich die verbrecherische Ueberzeugung, daß ihr am besten geholfen wäre, wenn das Kind aus der Welt geschafft würde. Doch es selbst geradezu zu tödten, hat sie nicht das Herz. Die Angst läßt sie abermahls einen geschickten Ort finden, wo sie das Kind verbirgt und heimlich pfleget, planlos einem günstigen Zufalle vertrauend.

Schon sind auf diese Art zwey Tage verflossen und die Furcht, verrathen zu werden, hatte bey der unglücklichen Mutter den höchsten Grad erreicht, als ihr der Auftrag wurde, von einer inmitten des benachbarten großen Teiches gelegenen Schilfinsel Rohr zu holen. Da erfaßt sie der Gedanke, ihr Kind auf jener fast niemahls besuchten Insel wegzulegen. Angst und die günstige Gelegenheit treiben Annen zur schleunigen Vollbringung dieses Entschlusses. Sie nimmt das Kind in einem Korbe mit sich, legt es an der sumpfigsten Stelle

der Insel in das Schilf, und eilt in der gräßlichen Hoffnung, das Kind werde dort gewiß bald sterben und von Niemandem entdeckt werden, an das Ufer zurück. Zufällig trifft sie hier ihren Geliebten Hanns, den Vater des weggelegten Kindes, erzählt ihm mit erheuchelter Freude, daß sie unentdeckt ein todtes Kind geboren, und es eben jetzt auf der Insel begraben habe, worauf sie, um durchaus keinen Verdacht zu erregen, schnell nach Hause eilet.

Der ehrliche Hanns sieht sich durch die verstörten Blicke, die sichtbare Verwirrung und erzwungene Fröhlichkeit seiner Geliebten veranlaßt, an der Wahrheit ihrer Erzählung zu zweifeln. Er besteigt einen Nachen, durchsucht die Insel und findet sein noch lebendes Kind.

Diese Entdeckung erfüllt ihn eben so sehr mit Abscheu vor der gräßlichen That seiner Geliebten, als mit Besorgniß, wie das Kind zu retten und zugleich der eigene Ruf zu schonen sey. Nach langem Nachsinnen glaubt er endlich ein glückliches Mittel gefunden zu haben. Er wickelt das Kind in Schilfgras, schleicht damit in den Stall, stärkt es mit Milch, und eilt an die nahe Landstraße, wo er dasselbe, allen Vorübergehenden sichtbar, hinlegt, sich selbst aber in einem nahen Busche verbirgt, um das Kind so lange zu bewachen, bis es gerettet wäre.

Bald darauf fährt ein Reisender vorüber, erblickt das Kind, steigt ab, sieht herum, ob nicht die Wärterinn nur zufällig abwesend sey; und da er Niemanden entdeckt, nimmt er das Kind auf seinen Wagen und fährt damit fort. Hanns, froh, so glücklich für Alle Drey gesorgt zu haben, eilet heim.

Der Reisende ist kaum eine Strecke weit gefahren, als er zu überlegen anfängt, wie er nun des Kindes wegen sich lästige Verhöre und Ausforschungen würde gefallen lassen müssen, wie dieß seine Reise verzögern, ihm Auslagen verursachen, ja zuletzt selbst den Verdacht auf ihn wälzen könnte, daß er des eigenen Kindes auf gute Art los werden wolle. Er glaubt sich nicht verpflichtet, um eines fremden Kindes willen sich so

vielen Unannehmlichkeiten auszusetzen, hält an, und legt das Kind wieder auf die Straße, indem er sein Gewissen mit der Hoffnung beschwichtiget, daß es gar bald wieder bemerkt und gerettet werden müsse.

Kaum ist dieß geschehen, und der Reisende fortgeeilet, so wird eine Heerde Schweine herangetrieben. Der Treiber will dieselbe auf der nahen Haide weiden lassen, und legt sich selbst, ohne das Kind gesehen zu haben, unter einen Baum. Die Schweine zerstreuen sich, finden das Kind, und ehe der Hirt es verwehren kann, ist dasselbe getödtet. Der bestürzte Schweinhirt eilt sogleich mit dem todten Kinde in das Dorf. Die Sache erregt natürlich allgemeines Aufsehen. Die Dienstfrau Annens, die das zerfleischte Kind ebenfalls gesehen, erzählt zu Hause ihren Mädchen, wie eben jetzt Schweine ein weggelegtes Kind getödtet hätten. — „Jesus Maria! das ist mein Kind!" schreyt hier die von ihrem Gewissen gefolterte Anna auf, und verhüllt schluchzend ihr Angesicht.

Die Bäuerinn säumt nicht, diesen Umstand anzuzeigen. Anna wird eingezogen und gesteht aufrichtig ihr ganzes Verbrechen. Man durchsucht die Insel, ohne ein Kind zu finden, und da Anna das todte als das ihrige erkennt, so schwindet jeder Zweifel.

Hanns, den Anna in ihrem Geständnisse nennt, bestätigt die Aussagen derselben und erzählt, was er selbst mit dem Kinde gethan habe. Da er den Reisenden und dessen Wagen genau beschreiben kann, sitzen geschwind zwey Gerichtsdiener auf, um denselben einzuholen. Sie ereilen ihn im nächsten Städtchen, lassen ihn anhalten, und auch er bekennt übereinstimmend seine That.

Zu dem Tode dieses Kindes haben drey Personen und zwar Alle durch Weglegung desselben beygetragen. So leicht aber deßwegen die Beurtheilung dieser drey Fälle nach dem achtzehnten Hauptstücke des ersten Abschnittes im ersten Theile unseres Strafgesetzes scheinen könnte, um so schwie-

riger stellt sich dieselbe dar, wenn man die einzelnen Handlungen und die Gesetze, unter welche sie fallen, einer genaueren und kritischen Betrachtung unterziehet.

A. Was zuerst die Mutter des Kindes, Anna, betrifft, so erscheint ihr Verbrechen einer weniger tief gehenden Beurtheilung als höchst einfach und zweifellos. Sie hat nach §. 133 des Strafgesetzes das Verbrechen der Weglegung eines Kindes begangen, weil sie ihr hülfloses Kind weglegte, um es der Gefahr des Todes auszusetzen. — Gewiß ist ferner, daß ihr beyde ersten Erschwerungsumstände des §. 134 zur Last fallen, weil sie das Kind an einem abgelegenen, gewöhnlich unbesuchten Orte und unter Umständen, welche die Rettung nicht leicht möglich machten, weglegte. Einigen Zweifel könnte bey der Strafausmessung nur die Frage erregen, ob der Verbrecherinn auch der erfolgte Tod des Kindes als erschwerend zugerechnet werden müsse, weil dieser Tod nicht unmittelbar aus ihrer Weglegung, sondern erst durch zwey zufällige, fremde Handlungen erfolgt ist. Allein da der Schlußsatz des §. 134 bloß aussagt: „wenn der Tod erfolgt ist" — ohne zwischen unmittelbarer oder mittelbarer Folge zu unterscheiden, so wird man hier mit vollem Rechte sagen können: Anna hat in verbrecherischer Absicht und unter erschwerenden Umständen ihr Kind weggelegt, und der Tod ist erfolgt, also ist ihre Strafe zwischen fünf- und zehnjährigem Kerker des zweyten Grades auszumessen.

Allein so gesetzmäßig dieses Urtheil in praktischer Hinsicht seyn dürfte, so findet sich die Theorie durch die Natur des hier unterliegenden Falles zu einer sorgfältigeren Erwägung und Vergleichung des Gesetzes veranlaßt, und das Resultat dieser theoretischen Untersuchung dürfte die Ueberzeugung seyn, daß die Verbrecherinn Anna hier aus einem mehr milden, als gerechten Gesichtspunkte beurtheilt und bestraft worden sey.

Wenn nämlich der §. 133 verfüget: Wer ein Kind in einem Alter (nicht auch in einem andern gleichen Zustande?),

da es zur Rettung seines Lebens sich selbst Hülfe zu verschaffen unvermögend ist, wegleget, um dasselbe der Gefahr des Todes auszusetzen — begeht ein Verbrechen (der Weglegung eines Kindes), und wenn ferner der §. 134 dazu setzt: Wenn das Kind an einem abgelegenen Orte, oder unter solchen Umständen weggeleget worden, daß die baldige Wahrnehmung und Rettung desselben nicht leicht möglich war; — und wenn der Tod des Kindes erfolget ist rc.; so scheinen diese Gesetze mit den über den Mord verfügenden in widerstreitende Collision zu kommen.

Der §. 117 des I. Theiles des Strafgesetzes erklärt als vollbrachten Mord: „Wer gegen einen Menschen mit dem Entschlusse, ihn zu tödten, auf solche Art handelt, daß dessen Tod daraus nothwendig erfolgt, macht sich des Verbrechens des Mordes schuldig.“

Mit Zuhülfnahme des §. 7 wird der versuchte Mord darin bestehen, „daß Jemand gegen einen Menschen mit dem Entschlusse, ihn zu tödten, so handelt, daß dessen Tod daraus nothwendig erfolgt wäre, wenn nicht ein Zufall Rettung gebracht hätte.“

Die Worte des §. 133 „um dasselbe (das Kind) der Gefahr des Todes auszusetzen, können in ihrer disjunctiven Stellung zu dem Folgenden: „oder auch nur, um seine Rettung dem Zufalle zu überlassen“ — keine andere Bedeutung haben, als daß die Weglegung in der Absicht geschehen sey, das Kind zu tödten. Will man diese Auslegung nicht gelten lassen, so hätte das Gesetz in zwey alternativen Sätzen das nämliche ausgesagt, denn auch wer das Kind weglegt, um seine Rettung dem Zufalle zu überlassen, setzt es der Gefahr des Todes aus. Sollen also beyde Sätze etwas Besonderes verfügen, so muß als gewiß angenommen werden, der Sinn des Gesetzes sey, daß im ersten Falle der Tod, im zweyten die Rettung des Kindes beabsichtiget seyn solle. Wer also ein Kind weglegt, um es der Gefahr des Todes auszusetzen, handelt gegen

einen Menschen mit dem Entschlusse, ihn zu tödten, somit ist von ihm der böse Vorsatz des Mordes erwiesen, und es erübrigt nur noch zu zeigen, ob auch die Handlung der Weglegung die gesetzlichen Merkmahle habe, daß sie mit diesem bösen Vorsatze das Verbrechen des Mordes darstellen könne.

Gewiß ist es, daß jede Weglegung eines hülflosen Kindes eine Handlung sey, aus welcher der Tod des Kindes nothwendig erfolgen würde, wenn nicht ein Zufall es verhinderte. Selbst an dem besuchtesten Orte, unter den günstigsten Umständen hängt die Rettung des Kindes doch immer von dem Zufalle ab, daß Jemand es früher bemerkt, als ein unglücklicher Zufall den Tod veranlasset. Nun können aber die Beschaffenheit des Ortes und andere günstige Umstände besonders in einem gebildeten Staate der Sache eine solche Gestalt geben, daß man dann im Gegensatze behaupten muß, bey solcher Weglegung sey die Rettung des Kindes nothwendig und der Tod nur zufällig gewesen. Daher man auch von einer solchen Weglegung niemahls auf mörderische Absicht wird schließen können, und selbst wenn diese Absicht freywillig bekannt würde, könnte ein so gestalteter Thatbestand dieses Geständniß nicht bekräftigen. Freylich wird hier Alles von der genauesten Erwägung aller Umstände abhängen.

Wenn aber, wie der §. 134 bestimmt, die Weglegung an einem abgelegenen, gewöhnlich unbesuchten Orte, oder unter Umständen geschieht, welche die baldige Wahrnehmung und Rettung des Kindes nicht leicht möglich, vielleicht gar unmöglich machen; so ist hier die Weglegung des hülflosen Kindes, welche schon an und für sich eine Handlung ist, aus welcher ohne äußern Zufall der Tod erfolgen muß, von allen jenen Umständen entblößt, die ihr die mörderische Eigenschaft nehmen können, und stellt sich daher im gesetzlichen und gemeinen Sinne als eine mörderische Handlung dar. Wer ein Kind auf solche Art wegleget, von dem kann nicht vermuthet werden, daß er die Rettung desselben beabsichtiget habe. Er

wird vielmehr, selbst wenn er diese Absicht vorschützen wollte, nach §. 1 des bösen Vorsatzes zum Morde für überwiesen zu halten seyn, weil er wenigstens „aus einer andern bösen Absicht etwas unternommen hat, woraus das Uebel, welches daraus entstanden ist, gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann."

Nach dieser theoretischen Ansicht scheinen daher die vielerwähnten Worte des §. 133 „um dasselbe (das Kind) der Gefahr des Todes auszusetzen" mit dem, was der ganze §. 134 enthält, eigentlich von einer Art des Mordes zu reden, und wären demnach strengen Rechtsbegriffen zu Folge etwa unter der Benennung: „Mörderische Weglegung eines Kindes (oder auch einer ihm gleichen erwachsenen Person)" den Gattungen des Mordes einzureihen.

Der Begriff des Verbrechens der einfachen Weglegung eines Kindes dürfte sich dann etwa auf folgende Art aussprechen lassen:

„Wer ein Kind in einem Alter oder in einem andern Zustande, da es sich selbst nicht Hülfe schaffen kann, wegleget, um die Rettung desselben dem Zufalle zu überlassen, begehet durch diese Weglegung, auch wenn sie unter Umständen geschah, welche die baldige Rettung des Kindes mit Grund erwarten ließen, ein Verbrechen."

Die Strafbemessung würde dann nach allgemeinen Grundsätzen größer oder kleiner werden, je größer oder kleiner die Gefahr des Kindes gewesen, und der einzige besondere Erschwerungsumstand wäre der dennoch erfolgte Tod des Kindes.

Nach dieser streng rechtlichen Betrachtung der Sache ist es nur noch Pflicht, die Frage zu würdigen, ob nicht vielleicht die Berücksichtigung der besondern, dieses Verbrechen begleitenden Umstände nach Grundsätzen der Strafklugheit für diese Gattung des Mordes sowohl eine gelindere Benennung, als Bestrafung rechtfertiget?

Allein auch diese Frage muß von theoretischem Standpunkte aus verneinend beantwortet werden.

Da selbst bey dem in unserem Gesetze vorzugsweise sogenannten Kindesmorde eine mildernde Berücksichtigung des besondern Zustandes nur der Mutter und auch dieser nur bey der Geburt zu Gute kommt; so kann bey dem Verbrechen der mörderischen Weglegung von einem ähnlichen Milderungsgrunde um so weniger die Rede seyn, als es immer einen der Geburt nachfolgenden Zeitpunkt voraussetzt und auch von ganz fremden Personen begangen werden kann. Eine Mutter, die ihr Kind nach der Geburt durch Begehung oder Unterlassung tödtet, wird nach der ganzen Strenge der über den Verwandtenmord bestehenden Gesetze beurtheilt. Hätte daher in unserem Falle Anna ihr Kind durch absichtliche Unterlassung der Pflege sterben lassen, so müßte sie als Mörderinn bestraft werden. Warum soll sie gelinder angesehen werden, wenn sie grausam und unnatürlich genug ist, ihr Kind durch die Weglegung dem langsamen Tode der Verschmachtung Preis zu geben? Die mörderische Absicht wäre hier dieselbe, und auch eine Handlung, aus der nothwendig der Tod erfolgen muß, wenn nicht ein außerordentlicher Zufall Rettung bringet; und doch sollte die That um so viel gelinder benannt und bestraft werden, bloß weil statt einer andern Tödtungsart die Weglegung gewählt wurde! — Es scheint, daß hier eigentlich die Feigherzigkeit des Verbrechens zum Milderungsgrunde würde. Leichter ist es freylich, das wehrlose Würmchen hinauszutragen, und seinem Schicksale zu überlassen, als selbst die mordende Hand an das zarte Leben desselben zu legen. Aber eben diese große, verführende Leichtigkeit ist eine Aufforderung, mit größerer Strenge dem feigen Leichtsinne zu begegnen, und dieselbe Drohung hier zum größeren Schutze des ohnmächtigen Kindes eintreten zu lassen, die beym directen Morde zugleich als größere Strafe der kaltblütigeren Bosheit an ihrem Platze ist.

Wäre statt eines Kindes ein erwachsener Mensch im gleichen Zustande, z. B. ein gänzlich lahmer Taubstummer auf die im §. 134 bezeichnete Art weggelegt worden, so wäre nach unserem Gesetze kein Zweifel, ob der Thäter als Mörder zu

behandeln sey. Wo wäre aber der Grund zu finden, der bey einem Kinde eine geringere Strenge rechtfertigte?

Man könnte vielleicht behaupten, dieser Grund sey gerade der größere Schutz der Kinder, denen durch eine größere Strenge mehr Gefahr bereitet würde. Denn, dürfte man etwa argumentiren, selbst bey der gefährlichsten Weglegung bleibt noch die Möglichkeit der Rettung und der Entdeckung des Thäters in einem höhern Grade, als bey andern Tödtungsarten. Straft man nun die Weglegung eben so, wie die directe Tödtung, so wird der Bösgesinnte geneigter gemacht werden, das Kind sogleich selbst zu vernichten, als durch die Weglegung die Gefahr der Entdeckung zu vergrößern und sich doch der nämlichen Strafe auszusetzen.

Allein so begründet dieser Einwurf auch in einer Beziehung seyn mag, so erscheint er doch nicht von so großer Wichtigkeit, daß man seinetwegen von der strengen Durchführung consequenter Rechtsbegriffe abgehen zu müssen versucht würde. Abgesehen nämlich davon, daß es viele Weglegungen geben wird, bey denen eine baldige Rettung, wie sie z. B. ein neugebornes Kind braucht, fast oder gewiß unmöglich ist; so müßte man bey weiterer Verfolgung eines solchen Milderungsgrundes auch denjenigen nicht als Mörder behandeln, der das Kind ins Wasser oder in den Schweinstall geworfen, weil auch da mehr Möglichkeit der Rettung vorhanden gewesen wäre, als wenn er das Kind erdrosselt hätte; ja bey strenger Folgerichtigkeit dürfte man überhaupt nur Denjenigen einen Mörder nennen, der eine Handlung unternommen, aus welcher der Tod des Andern mit Ausschließung jedes rettenden Zufalles absolut nothwendig erfolgen müßte! — Ueberdieß wäre es eine höchst betrübende Erscheinung, wenn man gräßliche Verbrechen gelinder bestrafen müßte, um nicht noch gräßlichere zu veranlassen, wenn nicht die menschliche Natur selbst mit der Voraussetzung jenes Einwurfes im Widerspruche stünde. Unter Hunderten, welche sich recht wohl entschließen können, das Kind hinauszulegen und davon zu eilen, dürften vielleicht

nicht Zehn gefunden werden, die auch das Herz hätten, sich mit dem Blute desselben zu besudeln.

Hiermit soll aber keineswegs unbedingt in Abrede gestellt seyn, daß nicht der in dem widerlegten Einwurfe angeregte Umstand hier eine größere Strafabstufung, als bey dem gewöhnlichen Morde rechtfertigen könnte. Immer wäre für die Abschreckung schon durch den gräßlichen Namen des Mordes viel gethan, da im Gegentheile die gelindere Benennung derselben Sache gar leicht die beym gemeinen Manne ohnehin nicht seltene Meinung bestärken könnte, daß Rechtsverletzungen gegen Kinder um so kleiner seyen, je kleiner die Kinder selbst sind.

Nach der eben entwickelten Theorie wäre daher die Verbrecherinn Anna als Mörderin zu behandeln, wobey nur noch die Frage entstünde, ob ihr auch hier der erfolgte Tod des Kindes zugerechnet werden könne? Allein die Beantwortung dieser Frage müßte hier im Gegensatze mit der obigen ersten Beurtheilung verneinend ausfallen, weil der Tod des Kindes aus der Weglegung der Anna nicht nothwendig, sondern nur zufällig erfolgt ist. Anna wäre also des versuchten Verwandtenmordes schuldig zu erklären und ihre Strafe zwischen zehn- und zwanzigjährigem schweren Kerker auszumessen.

B. Geht man von dem allgemeinen Grundsatze des §. 1 aus, daß zu einem Verbrechen böser Vorsatz erfordert werde, so könnte man versucht seyn, im zweyten der obigen Fälle den Vater des Kindes Hanns von jeder wenigstens criminellen Zurechnung loszusprechen. Seine Handlung scheint nämlich durch gar keinen bösen Vorsatz motivirt zu seyn. Seine Redlichkeit veranlaßt ihn, den Worten der Geliebten zu mißtrauen, seine Gewissenhaftigkeit treibt ihn an, sich um das Schicksal des Kindes näher zu bekümmern, und als er es findet, wählt er zu dessen Rettung ein Mittel, welches ihm unter den obwaltenden Umständen für die Aeltern und das Kind das beste zu seyn scheinet.

Allein betrachtet man, daß im §. 133 bey dem Verbre-

chen der Weglegung eines Kindes schon die Absicht, die Rettung desselben dem Zufalle zu überlassen, als böse Absicht, und zwar mit vollem Rechte, erklärt ist, so stellt sich auch die Handlung des Hanns als eine verbrecherische dar. Denn obwohl er das Kind bewachte, bis es von Jemandem weggenommen wurde so zeigt gerade der vorliegende Fall, daß die Rettung dennoch dem Zufalle überlassen blieb. Menschenliebe und Gewissenhaftigkeit gehören nicht zu den wesentlichen Eigenschaften der Menschen; wer daher die Rettung eines weggelegten Kindes auch nur diesen Tugenden überläßt, überläßt sie noch immer dem Zufalle. Wer z. B. das Kind Jemandem in den Schooß legt und davon eilet, muß eben so als Verbrecher, obwohl mit den größten Milderungsumständen, behandelt werden.

Nur dann würde die verbrecherische Eigenschaft wegfallen, wenn der Wegleger dem Kinde so lange folgte oder es so lange bewachte, bis aus den Umständen gewiß wird, daß die Rettung wirklich erfolgt sey, wenn z. B. das Kind einer öffentlichen Anstalt übergeben wurde.

In unserem Falle wird daher Hanns nach §. 133 zu beurtheilen seyn. Es wird zwar der Milderungsumstand des §. 135 im hohen Grade für ihn sprechen, da er das Kind auf eine Art weglegte, welche die baldige Rettung mit Grund erwarten ließ; zugleich wird ihm aber der Erschwerungsgrund desselben Paragraphes zur Last liegen, weil der Tod des Kindes dennoch erfolgt ist. Seine Strafe wird daher zwischen ein- und fünfjährigem Kerker auszumessen seyn.

C. Der Reisende, welcher im dritten der Eingangs erzählten Fälle das weggelegte Kind aufgenommen und wieder weggelegt hat, muß nach dem strengen Buchstaben des Gesetzes ebenfalls des Verbrechens der Weglegung schuldig erkannt werden. Er hat nämlich ein hülfloses Kind weggelegt, um dessen Rettung dem Zufalle zu überlassen.

Und diese Beurtheilung scheint auch in dem Geiste des Gesetzes begründet zu seyn. Zwar kann nicht geläugnet wer-

den, daß der §. 133 ungeachtet seiner ganz allgemeinen Verfügung: „Wer ein Kind“ u. s. w., doch nur jene Personen erreichen kann, welche nebst der allgemeinen Menschenpflicht eine besondere Verbindlichkeit zur Versorgung oder Rettung des Kindes auf sich haben; und man darf besonders das Wort weglegen nicht buchstäblich nehmen, sondern darunter nur das absichtliche, thätige Aufgeben des Kindes verstehen, um sich jener besondern Pflicht zu entschlagen. Aber es wird hier mehr als irgendwo darauf ankommen, das Factum genau zu prüfen, um daraus zu erkennen, ob nebst der allgemeinen Menschenpflicht auch noch eine besondere Pflicht, daher ein besonderes Recht des Kindes verletzt worden sey, ob das Weglegen nicht ein bloßes Liegenlassen des Kindes gewesen ist.

Hätte daher der Reisende in unserem Falle das Kind wohl bemerkt, wäre aber vorbeygefahren, oder wäre auch abgestiegen, um das Kind zu besichtigen, ja hätte er es auch aufgehoben, um zu überlegen, was damit zu thun sey, und es dann wieder hingelegt; so hätte er zwar gegen die allgemeine Menschenpflicht gehandelt, die ihn zur Rettung des Kindes wenigstens durch die Anzeige verbindet, aber ein besonderes Recht des Kindes hat er nicht verletzt, weil ihm durch die fremde Weglegung unmöglich eine besondere Pflicht aufgedrungen worden seyn kann. Es wird daher im geeigneten Falle höchstens nach §. 89 des zweyten Theiles unseres Strafgesetzes gegen ihn verfahren werden können, nie aber kann seine Handlung unter die Gesetze über die verbrecherische Weglegung subsumirt werden, weil man von ihm in diesen Fällen nicht sagen kann, er habe das Kind weggelegt, sondern nur, er habe das weggelegte Kind nicht gerettet.

Nun hat aber nach unserer Annahme der Reisende das Kind auf seinen Wagen genommen, und ist damit weiter gefahren. Dieß ist bey einem vernünftigen Menschen gewiß eine Handlung, aus der man auf die Willensäußerung schließen muß, das Kind retten zu wollen, um so mehr, da diese Ret-

tung durch die allgemeine Menschenpflicht als geboten erscheinet. Bey jedem Verhältnisse von viel geringerer Wichtigkeit würde man sich durch eine solche Handlung schweigend besonders verpflichtet, somit dem Gegentheile ein besonderes Recht auf unsere Thätigkeit eingeräumt haben. Warum sollte dieß nun hier nicht der Fall seyn, wo es sich um das Leben eines hülflosen Kindes handelt?

Gerade der hier zu Grunde gelegte Fall zeigt augenfällig, daß das Kind durch die Aufnahme des Reisenden als gerettet erschien und daher durch die später erfolgte Weglegung erst neuerdings dem Zufalle Preis gegeben wurde. Folglich stellt sich diese Weglegung als eine eigene neue dar, und kann nicht für ein bloßes Liegenlassen angesehen werden. Sie muß daher als ein Verbrechen zugerechnet werden, was immer für eine Ursache dazu bewogen haben mag, und man wird für alle ähnlichen Fälle den Grundsatz aussprechen müssen: Durch die abermahlige Weglegung eines schon weggelegten Kindes begehet man ein Verbrechen, wenn man zur Rettung entweder schon an und für sich besonders verpflichtet war, oder diese besondere Verpflichtung durch eine Handlung auf sich genommen hat, welche nach vernünftigem, natürlichem Ermessen den Willen erklärt, daß man das Kind retten wolle.

Der Reisende wird daher nach §. 135 zu behandeln seyn, und es wird ihm auch der erfolgte Tod des Kindes zur Last fallen.

Diese Strenge ist hier um so mehr gerechtfertiget, je ohnmächtiger und schutzbedürftiger die Personen sind, welche das Object dieses Verbrechens ausmachen.

XIV.

Civilrechtsfall zur richtigeren Anwendung der §§. 970 und 1316 des a. b. G. B.

Vom

Herrn Joseph Kitka,
k. k. mährisch-schlesischem Landrathe.

Der Fuhrmann M. B. schickte im Jahre 1825 seinen Knecht T. S. mit einer Ladung Waaren nach Leipzig. Hier lud der Knecht die Waaren ab, und traf daselbst gleichzeitig den Fuhrmann J. M., Schwager des M. B. an. J. M. übernahm von einem dortigen Kaufmanne mehrere Waaren zur Verführung nach G., ließ die sämmtlichen Waaren in einen auf seinen Namen lautenden Frachtbrief eintragen, und trat dann von der übernommenen Fracht eine, mit Sammetbändern gefüllte Kiste im Werthe von 147 Reichsthalern dem Knechte T. S. zu dem Ende ab, damit Letzterer, da er ohnehin ohne Ladung zurückfahren müßte, diese Kiste an den nicht weit von dem Wohnorte des M. B. gelegenen Bestimmungsort überführe, und fügte die Zusicherung bey, daß er seinem Schwager M. B. den auf die Kiste entfallenden Frachtlohn berichtigen werde. Diesem Uebereinkommen gemäß, übernahm der Knecht die gedachte Kiste, hatte jedoch das Unglück, solche unterwegs zu verlieren. Der Kaufmann, beziehungsweise der dießfällige

Eigenthümer, klagte nun den Frachtnehmer J. M. auf den Ersatz des ihm durch den Verlust der Kiste zugefügten Schadens pr. 147 Reichsthaler, welchen Ersatz J. M. dem Frachtgeber leisten mußte. Nun trat aber J. M. mit einer Klage gegen seinen Schwager M. B. und gegen dessen Knecht T. S. auf, und stellte das Begehren, das Gericht möchte erkennen: M. B. und T. S. seyen zur ungetheilten Hand (in solidum) schuldig, ihm jene 147 Reichsthaler zu ersetzen, welche er (Kläger) dem Kaufmanne rücksichtlich der in Verlust gerathenen Kiste bezahlen mußte. Zur Begründung des Klagrechtes berief sich der Kläger auf die §§. 970 und 1316 des a. b. G. B., laut welcher Paragraphe die Fuhrleute jenen Schaden zu verantworten haben, welchen ihre Dienstpersonen an der übernommenen Befrachtung verursachen. Nach diesen Paragraphen müsse demnach der geklagte M. B. für seinen Dienstknecht T. S. haften, und Letzterer bleibe für den Schaden ebenfalls verantwortlich; denn derselbe sey der unmittelbare Beschädiger, und sey daher gemäß §. 1295 jenen Schaden zu ersetzen verpflichtet, welcher aus seinem Verschulden entstanden ist, besonders, als nach dem §. 1297 vermuthet wird, daß Jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzet, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sey, welcher bey gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Diese Vermuthung müsse bey dem Knechte T. S. vorausgesetzet, und daher angenommen werden, daß Letzterer rücksichtlich der Verwahrung der übernommenen Kiste die gehörige Aufmerksamkeit anzuwenden unterlassen habe, folglich zu dem dießfälligen Schadenersatze nach den Schlußworten des §. 1297 verpflichtet sey.

Der Vertreter der Geklagten hatte gegen das Klagsbegehren in Beziehung auf den Knecht T. S. nichts einzuwenden [1]).

[1]) Wahrscheinlich aus dem Grunde, weil dieser Geklagte ganz mittellos war, und daher nur von seinem mitgeklagten Dienstgeber der geforderte Ersatz erwartet werden konnte.

In Beziehung auf den mitgeklagten M. B. machte aber derselbe die Einwendung, daß dieser Dienstgeber zur Leistung des geforderten Ersatzes nicht verhalten werden könne, weil der Knecht ohne Wissen und Willen des Dienstgebers die Kiste von dem Kläger übernahm, und daher nur er allein den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen habe; es könne demnach die Anwendung der §§. 970 und 1316 rücksichtlich des M. B. nicht Statt finden [1]).

Bey Entscheidung dieses Rechtsfalles war man im Zweifel, ob auch der Dienstgeber M. B., gleich seinem Knechte T. S., zur Zahlung der eingeklagten Forderung verurtheilt werden solle oder nicht, und inwiefern daher rücksichtlich des Ersteren die Anwendung der gedachten zwey Paragraphe Statt finde.

---

[1]) Diese Darstellung liefert das Wesentliche der beyderseitigen Satzschriften. Es wäre überflüssig und langweilig, den Inhalt der Satzschriften näher anzuführen, weil es sich bey diesem Rechtsfalle lediglich um die richtige Anwendung der so eben erwähnten zwey Paragraphe handelte, und die beyderseitigen Rechtsfreunde außer dem Gesagten hinsichtlich dieser Anwendung nichts Näheres angeführet haben, was denn doch, vorzüglich von Seite des Geklagten, wie die weiter unten erörterte Ansicht über den eigentlichen Sinn dieser Paragraphe zeigen wird, hätte geschehen sollen, wenn einmahl der Sinn des Gesetzes bestritten, und die Auslegung des Gesetzes nicht ganz der Einsicht des Richters überlassen werden will. Das wechselseitige weitschichtige, keinen besonderen Nutzen gewährende Raisonniren der Rechtsfreunde dem Drucke zu liefern, hieße die Leser zwecklos ermüden; denn ein Rechtsfall, beziehungsweise das Geschichtliche desselben, hat nur insofern Interesse für den Rechtsgelehrten und Nutzen für die Rechtswissenschaft, als der Rechtsfall einen Stoff zum tieferen Nachdenken über den Geist des Gesetzes liefert, und der Nutzen für die Rechtswissenschaft bleibt das richtige Resultat dieses Nachdenkens zur Entscheidung ähnlicher künftiger Rechtsfälle.

Die Gründe, welche man für diese Anwendung anführte, sind folgende:

1.) Die §§. 970 und 1316 enthalten die Vorschrift, daß Fuhrleute jenen Schaden verantworten, welchen ihre eigenen, oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den als Fracht übernommenen Sachen verursachen. Die Anwendung dieser Vorschrift tritt nun in dem gegebenen Rechtsfalle vollkommen ein; denn der geklagte M. B. gehöret zur Classe der Fuhrleute, und der Knecht T. S. ist im Dienste des Letzteren; dieser Knecht hat die erwähnte Kiste als Fracht übernommen, und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die beyden angeführten Paragraphe nach deren ausdrücklichem und deutlichem Wortlaute rücksichtlich des M. B. ihre Anwendung finden, mithin der M. B. den durch seinen Knecht verursachten Schaden ersetzen müsse. Man kann auch den von dem Handelsmanne bestellten Fuhrmann, der einen Theil seiner Fracht einem andern Fuhrmanne zum Verführen überläßt, wieder als einen Versender ansehen, der mit dem andern Fuhrmanne in das im §. 970 angezeigte Verhältniß tritt, dem also der andere Fuhrmann, welchem, oder dessen Dienstknecht ein Theil der Fracht übergeben worden, für diesen Theil gleich einem Verwahrer haftet (§. 964).

2.) In dem gegebenen Falle ist bloß zu untersuchen, ob der Schade nach dem §. 1295 durch Verschulden des Knechtes, oder aber nach dem §. 1311 nur durch einen Zufall entstanden sey; im ersten Falle trifft der Schadenersatz den Dienstgeber, weil derselbe rücksichtlich der von seinen Dienstleuten übernommenen Sachen für diese nach dem §. 970 gleich einem Verwahrer haftet, und Letzterer nach dem §. 964 den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge (durch seinen Knecht) verursachten Schaden ersetzen muß; im letzten Falle trifft dagegen der zufällig eingetretene Schade laut eben des gedachten §. 964 in Verbindung mit dem §. 1311 nur den Eigenthümer der

Sache. Daß der Schade aus Verschulden des Knechtes entstanden sey, unterliegt keinem Zweifel, denn derselbe ist eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig, welcher bey gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann; hätte der Knecht rücksichtlich der übernommenen Kiste diesen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit angewendet, so wäre ihm die Waare nicht in Verlust gerathen; es fällt daher demselben für jeden Fall ein Verschulden zur Last, welches ihn nach den §§. 1295 und 1297 einer Verantwortung unterwirft, und diese Verantwortung übergehet, wie bereits bemerkt wurde, auf den Dienstgeber M. B. Ein Zufall kann daher weder diesen noch seinen Knecht vor der geforderten Schadenersatzleistung schützen.

3.) Ob der Knecht die Waaren mit oder ohne Wissen seines Dienstgebers übernommen habe, ist gleichgültig, denn es folgt schon aus dem Umstande, daß der Dienstgeber ein Fuhrmann ist, daß es ihm willkommen seyn müsse, wenn sein Knecht auf dem Rückwege wieder eine Ladung erhält, sofort dem Dienstgeber einen Gewinn verschaffet, und es muß daher die stillschweigende Einwilligung des Dienstgebers zur Uebernahme und Verführung der Waaren durch seinen Knecht mit Grund vorausgesetzt, mithin auch der Dienstgeber zu dem Schadenersatze verurtheilet werden. Wollte man behaupten, daß zu einer solchen Uebernahme die ausdrückliche Einwilligung des Dienstgebers erfordert werde, so müßte man auch die Behauptung gelten lassen, daß der Wirth für jene Sachen, welche während seiner Abwesenheit oder sonst ohne sein Wissen durch seine Dienstleute von einem Reisenden übernommen wurden, nicht zu haften habe, welche Behauptung sich wohl Niemand beygehen lassen wird.

4.) Außer diesen dargestellten Rechtsgründen spricht für die Verurtheilung des M. B. zu dem Schadenersatze noch folgender rücksichtswürdiger Umstand. Hätte der Knecht die über-

nommenen Waaren bis an deren Bestimmungsort gebracht, so würde sein Dienstgeber den auf die Verführung dieser Waaren entfallenden Frachtlohn von dem Fuhrmanne J. M. gewiß gefordert haben, und dieser hätte seiner Zusicherung gemäß den verhältnißmäßigen Frachtlohn an den Dienstgeber des Knechtes bezahlen müssen. Der Dienstgeber muß sich daher auch umgekehrt gefallen lassen, den dem J. M. durch den Verlust der Waaren zugefügten Schaden zu ersetzen, und darf den J. M. durch Verweigerung dieses Ersatzes nicht in einen doppelten Schaden versetzen; denn es entgehet dem J. M. ohnehin schon jener Gewinn, welchen er für den Fall, als er die ganze Fracht selbst überführet haben würde, an Frachtlohn hätte beziehen können, den er aber zum Besten des M. B. diesem gönnen wollte; wie könnte er nun überdieß noch verhalten werden, den ganzen Schaden allein zu ersetzen?

Die Gründe für die entgegengesetzte Behauptung verdienen ebenfalls berücksichtiget zu werden.

1.) Die Gründe, welche den h. Gesetzgeber zu der in den §§. 970 und 1316 festgestellten Vorschrift bewogen haben, dürften in Folgendem bestehen:

Ist der Wirth, Schiffer und Fuhrmann verpflichtet, jenen Schaden zu ersetzen, welchen seine eigenen, oder die von ihm zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen verursachen, so wird derselbe in der Wahl dieser Personen alle mögliche Vorsicht anwenden, und nur solche Individuen wählen, von deren Treue und Fleiße er so genau als möglich überzeugt ist, um nicht durch deren unredliches Benehmen und Fahrlässigkeit für die von diesen Individuen übernommenen Sachen haften, und den durch dieselben verursachten Schaden ersetzen zu müssen. Diese vorsichtig getroffene Wahl verwahret einerseits den Dienstgeber vor dem Schadenersatze, und beugt andererseits jeder unangenehmen, zwischen dem Dienstgeber und dem Eigenthümer der übergebenen Sachen

wegen Beschädigung, Unterschlagung und Entfremdung der letzteren zu besorgenden Beschwerde und Rechtsstreite vor. Aber noch andere wichtige Gründe hat die gesetzliche Vorschrift in Beziehung auf unseren Rechtsfall für sich. Die Menschen, und vorzüglich die Handelsleute befinden sich täglich in der Nothlage, Waaren zu kaufen, zu verkaufen, ein- und auszutauschen, mithin auch weiter zu versenden, und auf diese Art ihren Erwerb zu sichern; bey Versendung der Waaren sieht man vorzüglich auf die persönlichen Eigenschaften und auf das Vermögen des Waaren-Uebernehmers (des Fuhrmannes), theils um rücksichtlich des Verlustes der Waaren gesichert zu seyn, theils aber, wenn dieser Verlust sich doch ereignen sollte, zu dem dießfälligen Ersatze desto sicherer zu gelangen. Der Fuhrmann selbst ist meistens ansäßig, bekannt, und im Stande, den Ersatz zu leisten, was dagegen hinsichtlich seiner Knechte, welche sehr oft wechseln und in der Regel kein Vermögen besitzen, nicht der Fall ist[1]. Bestände nun die Vorschrift nicht, daß der Fuhrmann für seinen Knecht haften müsse, so würde der Frachtgeber fast immer Anstand nehmen, seine Waaren den Dienstleuten des Frachtnehmers anzuvertrauen, weil er besorgen müßte, oft einen Verlust zu erleiden, dessen Ersatz nicht zu hoffen wäre, indem der Dienstknecht nicht so leicht aufzufinden ist, und kein Vermögen besitzet. Dieses Besorgniß würde den Handelsverkehr hemmen, und daher in commerzieller Hinsicht nachtheilig wirken. Kann sich dagegen der Frachtgeber rücksichtlich des Schadenersatzes unmittelbar an den Fuhrmann wenden, so verschwinden alle gedachten Besorgnisse und Nachtheile; denn der Frachtgeber hat es mit einer bekannten und vermöglichen Person zu thun, gelangt daher leicht und sicher zum Schadenersatze, und wird sofort keine Bedenken tragen, einer solchen Person seine Waaren

[1]) Dieß ist auch hinsichtlich der Dienstpersonen der Wirthe und Schiffer der Fall.

anzuvertrauen. Aus diesen Gründen, auf welchen die Vorschriften der gedachten Paragraphe beruhen, ergibt sich die Absicht des h. Gesetzgebers, welche derselbe bey der Bestimmung dieser Vorschriften hatte, von selbst. Die eigentliche Absicht des h. Gesetzgebers bestehet bey diesen Vorschriften darin, durch letztere dem Frachtgeber (Reisenden), welcher genöthiget ist, seine Waaren (Sachen) dem Frachtnehmer (Wirthe, Schiffer) anzuvertrauen, auf eine möglichst schnelle, leichte und sichere Art zu dem allenfälligen Schadenersatze zu verhelfen.

2.) Diese vorausgeschickte Darstellung der Gründe des Gesetzes und der Absicht des h. Gesetzgebers führet uns zur Rechtfertigung der Behauptung, daß der Fuhrmann M. B. in dem gegebenen Falle zu der angesprochenen Schaden-Ersatzleistung nicht verhalten werden könne, denn es biethet sich uns aus dieser Darstellung die Ueberzeugung dar, daß der h. Gesetzgeber bey Bestimmung der in den §§. 970 und 1316 enthaltenen Vorschrift an das Rechtsverhältniß zwischen Fuhrleuten und Fuhrleuten nicht gedacht, und daher dieses Rechtsverhältniß zu bestimmen nicht beabsichtiget habe, sondern, daß derselbe nur jene Rechtsverhältnisse bestimmen wollte, die zwischen Fuhrleuten (als Frachtnehmern) und solchen (zur Classe der Fuhrleute nicht gehörigen) Individuen (als Frachtgebern) eintreten können, welche der Fuhrleute zur Versendung ihrer Waaren benöthigen, sich daher dießfalls an die Fuhrleute verwenden müssen. Die Nothwendigkeit dieser Waaren-Versendung und Verwendung tritt aber bey Fuhrleuten nicht ein; denn dieselben sind eben und nur dazu bestimmt, fremde Waaren aufzunehmen und weiter zu verführen, keineswegs aber, fremde Waaren wieder durch andere Fuhrleute weiter zu spediren. Es bleibt der Willkür des Fuhrmannes überlassen, wie viel derselbe von der ihm zur Versendung angebothenen Waare übernehmen will; er wird demnach nicht genöthiget, sich wieder um einen zweyten Fuhrmann umzusehen und

ihm die Waare anzuvertrauen; es kann sofort auch der gesetzliche Grund (nämlich die Nothwendigkeit, sein Gut einem Dritten anvertrauen zu müssen) und die Absicht des Gesetzgebers (nämlich, dem in dieser Noth sich Befindlichen auf eine schnelle, leichte und sichere Art zum Schadenersatze zu verhelfen) auf die Fuhrleute nicht ausgedehnt werden.

3.) Diese Ausdehnung ist um so weniger zulässig, als nach dem natürlichen Privatrechte (Naturrechte, Vernunftrechte in engerer Bedeutung) jeder nur jenen Schaden, welchen er unmittelbar selbst verursachet, zu ersetzen hat, sofort die Vorschriften der §§. 970 und 1316 nur als Ausnahmen von dem Privatrechte anzusehen sind, die Ausnahmen aber streng ausgelegt werden müssen, und daher ohne hinreichende Gründe nicht ausgedehnt werden dürfen.

4.) Nach diesem (unter 3) angeführten Grundsatze wird sich auch wirklich benommen, wenn man bey der Behauptung stehen bleibt, daß der M. B. den durch seinen Knecht verursachten Schaden nicht zu ersetzen habe; denn es entgehet dem aufmerksamen Leser nicht, daß die Vorschriften der letztgedachten Paragraphe in unserem Rechtsfalle bereits vollständig in Anwendung gekommen sind, und um sich hiervon gehörig zu überzeugen, braucht man nur auf das Verhältniß zwischen dem Fuhrmanne J. M. als unmittelbaren Uebernehmer und dem Kaufmanne als unmittelbaren Uebergeber der sämmtlichen, sofort auch der in Verlust gerathenen Waaren zurückzusehen. Nach dem §. 1316 (in Verbindung mit dem §. 970) verantworten Fuhrleute jenen Schaden, welchen ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen (obschon nicht eigenen) Dienstpersonen an der übernommenen Befrachtung verursachen. Nun ist aber der J. M ein Fuhrmann, und derselbe hat den (obschon nicht eigenen) Dienstknecht T. S. zur theilweisen Verführung der übernommenen Waaren zugewiesen [1]), folglich hat auch

[1]) Man könnte freylich einwenden, daß dieser Dienstknecht doch

derselbe den durch diesen zugewiesenen Dienstknecht verursachten Schaden zu ersetzen, und da J. M. diesen Ersatz an den Kaufmann bereits geleistet hat, so sind die Vorschriften der angeführten Paragraphe vollständig in Anwendung gekommen; es ist demnach kein Grund vorhanden, die Anwendung dieser Vorschriften noch einmahl, nämlich auch auf die Fuhrleute J. M. und M. B. auszudehnen, weil das Gesetz, wie bereits gezeigt wurde, nicht Fuhrleute im Verhältnisse zu anderen Fuhrleuten, sondern bloß die eigentlichen Frachtgeber im Verhältnisse zu den Fuhrleuten begünstigen wollte. —

Das Verhältniß zwischen dem J. M. und M. B. begründet bloß eine Geschäftsführung ohne Auftrag; denn J. M. hat die ganze Ladung auf seinen eigenen Namen in den Frachtbrief eintragen lassen, und in der Rücksicht, daß er mit dem M. B. verschwägert ist, trat derselbe einen Theil der Waaren dem Knechte des Letzteren in der Absicht ab, dem M. B. einen Gewinn zu verschaffen. Ob der M. B. Waaren übernehmen, und durch deren Verführung einen Gewinn ziehen will, bleibt lediglich sein Geschäft. In dieses Geschäft hat sich aber J. M. gemengt, und daher nach dem §. 1035 die Geschäftsführung ohne Auftrag übernommen, zu welcher derselbe gemäß §. 1037 vorläufig die Einwilligung des M. B. hätte einholen sollen, und da er diese Vorschrift unterließ, so muß er die aus dieser Unterlassung entspringenden Folgen nur

---

immer nur zu den Dienstpersonen des M. B. gehöre, und die Waaren nicht auf seinen Namen und nicht auf jenen des J. M. übernommen habe; allein wahr bleibt es immer, daß dieser Knecht von dem Fuhrmanne J. M. zur Uebernahme der dem Frachtgeber gehörigen Waaren zugewiesen wurde, daß die Uebernahme und Weiterbeförderung der Waaren nur dem J. M. oblag, und daß daher dieser Knecht in Beziehung auf den Frachtgeber doch immer als eine zur Uebernahme der dem Letzteren gehörigen Waaren zugewiesene Dienstperson erscheine.

sich selbst beymessen, und kann laut des §. 1038 von dem M. B. keinen Ersatz fordern, wohl aber hat derselbe gemäß der §§. 1295 und 1297 das Recht, den Schadenersatz gegen den Dienstknecht T. S. geltend zu machen.

Aus der Gegeneinanderhaltung dieser Gründe wird der Leser selbst zu beurtheilen in den Stand gesetzt seyn, welche Meinung er für die richtigere zu halten habe.

XV.

Bemerkungen über das Verfahren bey Darleihens-Geschäften.

Vom

Herrn Andreas Weixelbaum,
Präsidial-Secretär des Wiener-Magistrates.

Es besteht bey Darleihensgeschäften die Uebung, daß vorläufig der Schuldschein nach der zwischen den vertragschließenden Theilen gepflogenen Verabredung ausgefertigt und zur landtäflichen oder grundbücherlichen Einverleibung auf die zugesicherte Hypothek vorgelegt wird, und daß erst, wenn diese Einverleibung Statt gefunden hat, und der landtäflich oder grundbücherlich indorsirte Schuldschein, nach Umständen auch der ausgefertigte Satzbrief, dem Gläubiger ausgehändigt wird, dieser die Darleihens-Valuta an den Schuldner ausbezahlet. Sogar bey Darleihen, die wegen der Eigenschaft des Gläubigers unter Einschreiten einer Gerichtsbehörde als Curatels- oder Vormundschafts-Instanz zu Stande kommen, wird von dem Gerichte diese vorläufige, vollständige Ausfertigung des Schuldscheines und dessen frühere Einverleibung auf die Hypothek angeordnet, und die Auszahlung der Valuta nur, nachdem diese Einverleibung geschehen ist, und nachdem der indorsirte Schuldschein und der Satzbrief, wo ein solcher ausgefertigt wurde, zu Gericht erlegt worden sind, bewilligt. Die möglichste Sicherheit des Gläubigers ist der Zweck dieses Vorganges; ob aber diese Sicherheit wirklich erlangt werde, muß ich

sehr bezweifeln. Ich glaube nämlich, es ist einleuchtend, daß dieses Verfahren ganz gesetzwidrig und daher seinem Zwecke, Sicherheit zu gewähren, durchaus nicht entsprechend ist. Die Zuzählung der Valuta ist ein wesentliches Erforderniß des Darleihens-Vertrages, welcher erst mit der Uebergabe der darzuleihenden Sache und durchaus nicht früher abgeschlossen wird; denn so lange diese Uebergabe nicht geschehen ist, ist ein Vertrag ganz anderer Natur, nämlich bloß ein Vertrag über ein erst künftig einzugehendes Darleihen vorhanden. (§. 983 des b. G. B.) Dieß zeigt sich auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehre, denn wenn der vollständig ausgefertigte Schuldschein auf die zugesicherte Hypothek entweder gar nicht oder nicht in der bedungenen Priorität eingetragen wird, so weigert sich der Gläubiger, die Darleihens-Valuta auszubezahlen, und schwerlich dürfte ein Gericht ihn zur Auszahlung verurtheilen. Der Darleihens-Vertrag wird daher in diesen Fällen gar nicht zu Stande kommen, die Valuta bleibt ein Eigenthum des Gläubigers, und der Anleiher darf sich durchaus kein Verfügungsrecht über selbe anmaßen. Der vollständig ausgefertigte Schuldschein, wenn er auch mit allen zur Beweiskraft vorgeschriebenen Erfordernissen versehen ist, wird in einem Falle, wo die Zuzählung der Valuta erst späterhin erfolgt ist, dem Gläubiger nichts nützen; denn die auf demselben gefertigten Zeugen müssen ja der Wahrheit gemäß bekennen, daß eine Valuta auf diesen Schuldschein nicht gelaufen sey; sobald dieses erwiesen ist, ist es auch klar, daß ein Darleihen nicht Statt gefunden habe; und da der §. 916 des b. G. B. vorschreibt, daß jedes Geschäft nach seiner wahren Beschaffenheit beurtheilet werde, so lassen sich dann höchstens noch die übrigen verabredeten Bedingungen für das künftige Darleihen aus dem Schuldscheine darthun, die Zuzählung der Valuta aber, das ist, die wirkliche Abschließung des Darleihens-Vertrages, muß durchaus auf andere Art erwiesen werden. Ja es bleibt sehr zweifelhaft, ob dieser Schuldschein, der bereits in einem wesentlichen Punkte sich als unwahr gezeigt

hat, noch als ein vollständiger Beweis für die übrigen Bedingungen angesehen werden könne, und es scheint diese theilweise Zugestehung einer Beweiskraft dem Sinne des §. 1001 des b G. B. geradezu entgegen, welcher Paragraph eine redliche und deutliche Angabe aller Bedingungen fordert. Es könnte in manchen Fällen sogar das auf die Grundlage eines solchen unwahren Schuldscheines erworbene Hypothekar-Recht verloren gehen. Denn die Hypothek wurde dem Gläubiger nur zur Sicherheit des ihm aus dieser vorgelegten Urkunde zustehenden Rechtes ertheilt; mag nun gleich derselbe seinen Anspruch gegen den Schuldner auf eine andere Art erweisen, so ist es doch nicht mehr jener Rechtstitel, welcher sich aus der vorgelegten Urkunde ergibt, denn diese letztere weiset nach §. 916 keinen Darleihens-Vertrag, sondern nur den Vertrag, künftig ein Darleihen unter den verabredeten Bedingungen schließen zu wollen, aus. Das wirklich eingegangene Darleihen ist ein ganz anderer Rechtstitel, der unabhängig von dem vorgelegten Schuldscheine durch ganz andere Beweismittel erwiesen wird. Sollte die Sache zur richterlichen Entscheidung vorgelegt werden, so würde wahrscheinlich auf die Löschung der unwahren Schuldurkunden erkannt, und selten dürfte für den Gläubiger auf die Hypothek die nämliche Priorität wieder zu gewinnen seyn. Für jeden Fall ist es ohne Zweifel, daß der Chicane durch dieses gerügte Verfahren mancher Spielraum gegeben werde, und wirklich wird die Einwendung der nicht geschehenen Zuzählung der Valuta häufig durch die auf dem Schuldscheine gefertigten Zeugen zu erweisen angetragen, und der Gläubiger sieht sich genöthigt, diese Zuzählung auf andere Art zu beweisen.

Es läßt sich daher nicht verkennen, wie wünschenswerth es sey, das bisher gewöhnliche ganz gesetzwidrige Verfahren mit einem solchen zu vertauschen, welches mit den Vorschriften des Gesetzes im Einklange steht und den Parteyen die gehörige Sicherheit gewährt; besonders ist es für Gerichtsbehörden ungeziemend, die Rechtsgeschäfte mit irrigen Namen zu bezeich-

nen, und unwahre Urkunden nicht nur zu dulden, sondern sogar zu verlangen. Ich glaube auch, daß es gar nicht so schwierig ist, die nämliche Sicherheit des Gläubigers bey einem andern Vorgange zu erhalten. Alle schriftlichen Urkunden, sollen sie anders ihren Zweck erreichen, müssen die Thatsache, worüber sie errichtet sind, getreu enthalten; es werde daher eine Urkunde im Sinne des §. 936 des b. G. B. errichtet, worin bloß die Verabredung künftig einen Darleihens-Vertrag unter den durch Uebereinkommen festgesetzten Bedingungen schließen zu wollen, aufgenommen werde; denn dieß ist das eigentliche Rechtsgeschäft, welches vor der Hand abgeschlossen wird. In diesem vorläufigen Vertrage wird das Pfand für das künftige Darleihen bestimmt. Die Bestellung eines Pfandes für eine erst künftig eintretende Schuld ist in den Gesetzen nicht verbothen, sie liegt oft in der Natur der Sache, z. B. bey Geschäftsführungen, bey Pachtungen; auch weiset das Gesetz in manchen Fällen darauf hin; z. B. §§. 237, 341, 343, und der §. 469 zeigt, daß ein Pfandrecht auch ohne eine Hauptschuld bestehen könne; übrigens ist der abgeschlossene Vertrag über das künftig einzugehende Darleihen wechselseitig verbindlich, man kann daher nicht behaupten, daß das bestellte Pfand sich noch auf gar kein Recht beziehe. Dieser Vertrag über das künftig einzugehende Darleihen wird von beyden Theilen zu unterfertigen seyn, wie es der §. 434 des b. G. B. zu fordern scheint. Ist dann dieser Vertrag auf die verabredete Hypothek einverleibt, so ist der Gläubiger ganz eben so, wie durch die Einverleibung des Schuldscheines gesichert, er wird dann bey der Zuzählung der Darleihens-Valuta sich von dem Schuldner gleichzeitig den ordentlichen Schuldschein über das Darleihen ausfertigen und übergeben lassen, und dieser Schuldschein, welcher keine Unrichtigkeit mehr enthält, braucht dann nicht einmahl mehr grundbücherlich einverleibt zu werden; denn die Einverleibung eines Schuldscheines vermehret keineswegs seine Beweiskraft, sondern geschieht nur, um dem Gläubiger das Pfandrecht zu verschaffen; dieses Pfandrecht hat derselbe nach §. 451 bereits durch die Einverleibung

der Zusicherungsurkunde erworben, es schadet ihm sogar nicht, wenn die Hypothek in das Eigenthum eines Andern übergehen sollte (§. 466 des b. G. B.), und will der Gläubiger auch zum Ueberflusse diesen Schuldschein bey der bestehenden Satzpost eintragen lassen, so sind dafür doch keine neuen Gebühren zu bezahlen, weil durch diese Eintragung keine neue Satzpost entsteht. Bey Gerichtsbehörden aber kann die Empfangnahme dieses Schuldscheines dem die Auszahlung der Darleihens=Valuta besorgenden Amte, an die Stelle der sonst gewöhnlichen Empfangsbestätigung über die richtig zugezählte Valuta, aufgetragen, und der ordnungsmäßige Erlag des Darleihens-Schuldscheines in das Waisen= oder das Depositenamt eingeleitet werden.

Indem dieses in Vorschlag gebrachte Verfahren die Rechte des Gläubigers durchaus nicht gefährdet und vor der bisherigen Uebung wenigstens diesen Vorzug hat, daß es genau der Wahrheit angepaßt ist, setzt es auch den Schuldner weit weniger einer Gefahr aus, der bisher auch noch vor der geschehenen Zuzählung der Valuta den äußerlich ganz formellen Schuldschein gegen sich hatte, und z. B. bey einem gähen Todfalle des Gläubigers in der Lage war, gegen die mit den Verhältnissen unbekannter Erben die nicht geschehene Zuzählung der Valuta im Proceßwege zu erweisen.

Bey der Cession der Capitalien besteht eine ähnliche Uebung; auch hier wird in der Cessionsurkunde größtentheils der Empfang der Valuta bestätigt, während erst vorläufig die Cessionsurkunde bey dem Satze einverleibt seyn muß, bevor von dem Cessionar die Cessions-Valuta ausbezahlt wird. Auch hier enthält also die Cessions Urkunde eine Unwahrheit und muß die auszufertigende Urkunde dem wirklich abgeschlossenen Rechtsgeschäfte angepaßt werden. Eine Urkunde über die künftig einzugehende Cession wäre hier nicht an ihrem Platze, denn durch ihre Eintragung würde höchstens ein Pfandrecht begründet, während durch die Cession eine Uebertragung des Eigenthums bezweckt wird. Die Sicherheit des Cessionars fordert es, daß sein Eigenthum bereits ausgezeichnet sey, wenn er die Cessions-

Valuta ausbezahlet; die wirkliche Abtretung des Eigenthumes muß sich daher der Cedent immerhin auf Treue und Glauben gefallen lassen, diese muß auch in der zu errichtenden Cessionsurkunde ausgesprochen werden und findet auch in der Wirklichkeit Statt. Die Cession ist gewöhnlich ein Kauf; dieser ist abgeschlossen, sobald Käufer und Verkäufer über den Preis und die übrigen Bedingungen einig sind, ohne daß die Uebergabe der verkauften Sache erforderlich wäre; hier ist aber auch noch die Uebergabe geschehen. §§. 1053, 427, 445, 431 des b. G. B. Wohl aber kann in der Cessions-Urkunde, mit Rücksicht auf die §§. 934 und 1060, und nach der Analogie der §§. 1081 und 1084 der Vorbehalt ausgesprochen werden, daß es bey Nichtzuhaltung mit der Zahlung der Valuta von der Cession wieder abgekommen habe; dieser Vorbehalt ändert aber nichts in der Natur des Kaufvertrages, und ist derselbe in die Cessions-Urkunde aufgenommen, so ist diese getreu nach der Wirklichkeit verfaßt, indem es größtentheils und beynahe immer der Fall ist, daß der Cedent sich das Recht vorbehält, bey nicht zugezählter Valuta von dem Cessions-Geschäfte wieder abzugehen. Ueber die Zuzählung der Cessions-Valuta ist dann freylich eine eigene Quittung erforderlich, aber eine Einverleibung dieser Quittung ist nicht mehr nothwendig, weil der Cessionar bereits als bücherlicher Eigenthümer eingetragen ist.

XVI.

Fortsetzung der im vorigen Hefte abgebrochenen Abhandlung: Ueber Gesammt-Hypotheken.

Vom
Herrn Franz J. Kopezky,
Civil-Justizrathe des Wiener-Magistrates.

§. 13.

Theilung einer Gesammt-Hypothek.

Eine Theilung der Gesammt-Hypothek geschieht, wenn eine ungetheilt auf mehrere Immobilien eingetragene Forderung in kleineren Beträgen auf die einzelnen verpfändeten Immobilien angewiesen wird, dergestalt, daß auf jedem Immobile nur ein bestimmter Betrag zu haften, und hiernach die Hypothek speciell nur auf diesen Betrag sich zu beschränken hat, also aus der Gesammt-Hypothek specielle für sich allein wirkende Hypotheken entstehen. Solche Theilungen können im Leben oft eintreten, theils mit Einverständniß des Hypotheken-Schuldners, um durch die Gesammt-Hypothek in seinen Verfügungen mit den Immobilien bey einer allfälligen Veräußerung oder weiteren Belastung nicht gehemmt zu seyn, theils auch ohne seinem Willen durch Cessionen, Vererbungen u. s. w. Damit aber eine solche Theilung eine rechtliche Wirkung hervorbringe, ist es nicht genug, daß die Forderung in einzelne Beträge repartirt werde, sondern es muß die Gesammt-Hypothek in specielle Hypotheken getheilt werden, dergestalt, daß jede für sich abgesondert für den zugewiesenen Betrag der For-

derung und nicht conjunctim zu haften habe, ohne daher die übrigen vorher in der Gesammtheit begriffen gewesenen Hypotheken oder Immobilien beyziehen zu können. Würde bloß die zum Grunde liegende Forderung unter mehrere Personen der Summe nach getheilt, die Gesammt-Hypothek aber wie vorher bleiben, so ist dieses keine eigentliche Theilung, sondern es entsteht eine Gemeinschaft der Hypothek [1]). Würde im obigen Beyspiele (§. 10) der Gläubiger A von seiner Forderung pr. 3000 fl. dem E 1500 fl., dem F 500 und dem G 1000 fl. cediren, und zwar unter der bestehenden Gesammt-Hypothek, so wäre dieses eine Theilung der Forderung, aber nicht der Hypothek, letztere wird daher allen drey Cessionaren gemeinschaftlich zustehen. Würde aber A die Theilung dergestalt machen, das dem E für die cedirten 1500 fl. das Haus, dem F für seine 500 fl. der Acker, und dem G für seine 1000 fl. die Wiese als Hypothek bleiben solle, so wäre dieses eine Theilung der G. H. Letztere verliert ihre rechtliche Wirkung, und statt derselben treten Special-Hypotheken auf die genannten Immobilien ein. — Hier entsteht nun die Frage: ob der Gläubiger zu einer solchen Theilung berechtiget sey? Insoferne es sich bloß um eine Theilung der Forderung unter mehrere Personen handelt, kann kein Anstand obwalten, da an der Hypothek nichts verändert wird, und nun eben dasselbe Rechtsverhältniß eintritt, als wenn die Forderung ungetheilt geblieben wäre. Bey der zweyten Art der Theilung könnte man glauben, daß diese nicht ohne weiteren, und nicht ohne vorläufige Einvernehmung und Einwilligung der postlocirten Gläubiger Statt finden dürfe, weil es nur zu leicht möglich ist, daß ihnen dadurch ein Nachtheil zugefügt werde, und überhaupt eine Veränderung an den Gesammt-Hypotheken zum Nachtheil der postlocirten Gläubiger nicht geschehen solle. So wären in dem Falle, wenn A bey dem Hause, bey dem Acker, und bey der

[1]) So oft das Eigenthum der nämlichen Sache, oder ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt, besteht eine Gemeinschaft (§. 825 des b. G. B.).

Wiese die Hypothek rücksichtlich seiner Forderung pr. 3000 fl. überall nur auf einen Betrag pr. 1000 fl. beschränken wollte, die auf den letztern beyden Immobilien eingetragenen postlocirten Gläubiger C und D in ihrer Sicherheit allerdings gefährdet. Allein wenn man erwäget, daß der vorausgehende Gläubiger schon Kraft seiner Gesammt-Hypothek berechtiget ist, nach seiner Wahl aus einem oder dem andern ihm verpfändeten Immobile unabhängig von den Rechten der nachfolgenden Gläubiger, und ohne ihre vorläufige Einwilligung, seine Befriedigung zu suchen (§. 9), daher auch in der Disposition mit seiner Hypothek nicht gehemmt werden kann; wenn man erwäget, daß die Operation der Theilung als eine vorläufige Einleitung der künftigen Realisirung der Gesammt-Hypothek anzusehen ist, so kann man das Recht hierzu dem Gläubiger nicht absprechen. Welche Inconvenienzen würden hieraus entstehen, wenn die Gültigkeit einer solchen Theilung von der vorläufigen Zustimmung der postlocirten Gläubiger abhängig gemacht werden wollte? Wie leicht könnte nicht einer derselben wegen einer unbedeutenden Forderung aus Eigensinn durch sein Veto selbst den Eigenthümer der Immobilien in seinen vortheilhaften Dispositionen hemmen, wozu er eben diese Theilung nothwendig findet? Welche zwecklose und weitläufige Prozesse über die Ausmittlung der Rechtsverhältnisse und der von Einem oder dem Andern geforderten Sicherheit würden daraus entstehen? Es bleibt also Sache der postlocirten Gläubiger, ihre Rechte selbst zu wahren, und eben so wie bey der Feilbiethung die geeigneten Rechtsmittel zu wählen, wenn sie ihre Sicherheit gefährdet glauben. Damit sie jedoch ihre Rechte wahrnehmen können, ist allerdings ihre Verständigung nothwendig, welche daher die Behörde in dem Falle, als die Theilung in das öffentliche Buch eingetragen werden soll, auf die vorgeschriebene Art einzuleiten haben wird.

§. 14.
Rechtsverhältniß bey Cessionen und After-Hypotheken.

Nach der in dem vorigen Paragraphe geschehenen Erörterung wird die Untersuchung der bey Cessionen und Afterhypotheken vorkommenden Rechtsverhältnisse zwar erleichtert, aber bedenkliche Verwicklungen und Collisionen können hier eintreten, und am schwierigsten erscheint die Ausmittlung der Art der Befriedigung der Afterhypothekar-Gläubiger bey conjunctim verpfändeten Immobilien. Richtig ist es, daß der Schuldner eine, wenn auch auf noch so vielen ihm gehörigen Immobilien eingetragene Forderung, ungeachtet der zahlreichen Afterhypotheken, nur einmahl zu bezahlen schuldig sey, und daß durch Bezahlung der ganzen oder theilweisen Forderung aus einem verhypothecirten Immobile die übrigen Immobilien verhältnißmäßig befreyt werden, daß ferner der Pfandinhaber sein Pfand nur insoweit, als er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden könne (§. 454 d. b. G. B.). Allein diese Grundsätze reichen nicht aus, wenn nicht zugleich das Princip der Oeffentlichkeit des Hypotheken-Instituts mit seinen Rechtsfolgen, und mit Rücksicht auf den §. 469 des b. G. B. in Anwendung gebracht wird. In dieser Hinsicht kommt es vor Allem darauf an, ob die Anmerkung der gegenseitigen Conjunction der verschiedenen verpfändeten Immobilien im öffentlichen Buche geschehen sey, oder nicht (§§. 7 u. 8). Hier zeigt es sich, daß es vorzüglich wegen der Afterhypotheken im Interesse des Schuldners liege, dafür zu sorgen, daß diese Conjunction bey den verpfändeten Immobilien im öffentlichen Buche ersichtlich gemacht werde, weil die nachtheiligen Folgen der Unterlassung nur ihn am ersten treffen. Denn wenn eine Forderung in ungetheilter Summe auf mehreren Immobilien einverleibt erscheint, so haftet jede derselben für die ganze Forderung; ist also die Conjunction nicht angemerkt, ist es nicht ersichtlich, daß die nämliche Forderung auf mehrere Immobilien eingetragen sey, so kann der Afterhypothekar-Gläubi-

ger, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, und bona fide gehandelt hat, seine Befriedigung aus der speciell erworbenen Hypothek, unbekümmert um die Rechte der allfälligen übrigen Pfandgläubiger, begehren. So müßte im obigen Beyspiele (§. 10), wenn auf die Forderung des A bey jedem Immobile seine Gläubiger E, F und G eine Afterhypothek rechtlich[1]) erworben hätten, der Hypothek-Schuldner die auf jedem Immobile eingetragenen 3000 fl. also dreymahl bezahlen, oder gestatten, daß die Gläubiger durch die Execution der Immobilien nach Maßgabe des Erlöses ihre Befriedigung begehren. Er würde dagegen vergebens einwenden, daß er die Forderung nur einmahl zu bezahlen schuldig sey; auch durch die gerichtliche Hinterlegung derselben nach §§. 455 des b. G. B. könnte er sich nicht schützen, weil jeder Gläubiger sich mit Recht auf das öffentliche Buch berufen wird, in welchem die Forderung als für sich bestehend auf jedem einzelnen Immobile eingetragen erscheint, und ihm wegen der unterbliebenen Anmerkung nicht bekannt seyn konnte, daß überall nur eine und dieselbe Forderung eingetragen wurde. Dem Schuldner bliebe in diesem Falle nur sein Entschädigungsrecht gegen den Gläubiger A nach §. 1042 des b. G. B. oder auch gegen die Grundobrigkeit vorbehalten, wenn diese die etwa angesuchte Anmerkung nicht vorgenommen, oder da, wo ihr nach der Amtsinstruction die ämtliche Eintragung oblag, diese unterlassen hätte. Sind aber die verschiedenen Immobilien conjunctim verhaftet, ist also die Anmerkung der gleichzeitigen Haftung für eine mit ungetheilter Summe eingetragene Forderung aus dem öffentlichen Buche ersichtlich, so kann zwar in Ansehung der Afterhypotheken in dem Falle, wenn diese gleichfalls mit ganzer Summe, d. h. mit dem der ursprünglich

[1]) Wie und unter welchen Modalitäten nach unseren Gesetzen eine After-Hypothek erworben werde, um dieselbe gegen den Eigenthümer des Immobile als Schuldner realisiren zu können, muß ich hier als bekannt voraussetzen.

eingetragenen Forderung gleichkommenden Betrage auf jedem einzelnen Immobile, also bey allen conjunctim eingetragen werden, nicht leicht ein Anstand obwalten, weil nun der Afterhypothekar-Gläubiger nach der Priorität ganz in die Rechte seines Vormannes tritt, daher bey der Ausmittlung seiner Forderung nach Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse dieselben Grundsätze Statt finden (§§. 9 — 12). Allein weit schwieriger ist eine gerechte und billige Ausmittlung bey der Execution der Gesammt-Hypotheken — wenn mehrere Gläubiger auf den zu verschiedenen Grundobrigkeiten gehörigen Immobilien abgesondert, und nicht conjunctim eine Afterhypothek erwirkt haben. Ich bleibe zur Erläuterung dieses Rechtsverhältnisses bey dem bereits angeführten Beyspiele. Gesetzt, A hat drey Gläubiger: E, F und G. Jeder bewirkt auf die Forderung des A eine eigene Afterhypothek, und zwar E auf dem Hause mit 2000 fl., F auf den Acker mit 1000 fl, und G auf die Wiese ebenfalls mit 1000 fl. Nun sollte man glauben, daß jeder von ihnen eine specielle Hypothek auf dasjenige Gut erworben habe, auf welchem die Eintragung seiner Afterhypothek geschehen, daß er also auch Kraft derselben dieses Gut unbekümmert um die Rechte der übrigen Aftergläubiger executiren, und aus dem Erlöse desselben seine Befriedigung suchen könne. Allein bey näherer Betrachtung zeigt sich dieses nicht richtig. Denn jeder dieser Gläubiger weiß, oder muß es doch aus der Einsicht des öffentlichen Buches wissen, daß die Forderung des A auf allen drey Immobilien ungetheilt, conjunctim, eingetragen sey, daß er diese 3000 fl. und rücksichtlich seinen superintabulirten Betrag nicht von jedem Immobile ganz, sondern von allen verhafteten Immobilien nur verhältnißmäßig fordern könne, daß also bey der Execution des einen oder des andern, auch auf die übrigen Immobilien Bedacht genommen werden müsse, weil dasjenige, was von dem einen Immobile bezahlt wird, bey den übrigen gelöscht werden soll, die auf diesem eingetragenen Afterhypothekar-Gläubiger aber nicht schuldig sind, in die Löschung ihrer Forderungen zu willigen, wenn

sie nicht ebenfalls mit den ihnen gebührenden Antheilen befriedigt worden sind. Wie soll nun aber die verhältnißmäßige Repartition geschehen, wenn ein Afterhypothekar-Gläubiger nur Ein Immobile, z. B. E das Haus executirt? Welcher Maßstab ist bey der Vertheilung des Erlöses zu beobachten? Kann er von dem Erlöse pr. 3000 fl. ohne weiters seine Forderung pr. 2000 fl. berichtigen? Wem gebühren die übrigen 1000 fl. des Erlöses? Fallen diese den auf den übrigen 2 Immobilien eingetragenen Aftergläubigern, und nach welchem Verhältnisse zu? Oder kann der postlocirte Gläubiger B darauf Anspruch machen? In dem Maße, als die auf dem Hause haftende Forderung pr. 3000 bezahlt wird, in eben dem Maße werden auch die beyden andern conjunctim verpfändeten Immobilien liberirt, in dem gegebenen Falle also um die auf die Gesammt-Hypothek bezahlten 2000 fl. Der Schuldner, welcher die 3000 fl. in jedem Falle nur einmahl zu bezahlen hat, kann diesen Inconvenienzen mit den Afterhypotheken sogleich ein Ende machen, und dadurch auch den allfälligen Verlusten der postlocirten Gläubiger vorbeugen, wenn er in Folge des §. 455 des b. G. B. seine Schuld gerichtlich hinterlegt, wornach die Gesammt-Hypothek mit allen Afterhypotheken gelöscht werden muß, oder doch zur Verwahrunng der Rechtsfolgen des §. 469 des b. G. B. der gerichtliche Erlag einstweilen dabey in dem öffentliche Buche bemerkt werden kann. Allein nun entstehen doch immer wieder diese Schwierigkeiten bey der Repartition der Forderung unter die Gläubiger nach Maßgabe ihrer Hypothekarrechte, oder auch im Falle, als der Schuldner zum gerichtlichen Erlag der Forderung unvermögend ist, und ein oder der andere Gläubiger dennoch auf Zahlung durch die Execution dringt. In der Doctrin finden wir hierüber abweichende Ansichten[1]). Der vom Herrn Regierungsrathe Winiwarter

---

[1]) Winiwarter's Erläuterungen des österr. bürgerl. Rechtes II. Thl. I. Abtheil. S. 237 2. Note, und Nippel's Erläuterung des a. b. G. B. III. Bd. ad §. 454 S. 480 u. f.

angenommene Maßstab, oder die Berechnung nach der Societätsregel wäre insofern zuläßig, als es sich um die Repartition des Erlöses aller verkauften Immobilien handelt, weil dann statt des angesetzten Werthes der Immobilien (worunter gewöhnlich der Schätzungswerth verstanden wird) der Kaufpreis zum Maßstab angenommen würde. Allein in dem Falle, als ein Gläubiger nur aus einem Immobile seine Befriedigung sucht, kann man ihn nicht zwingen, diese nur nach dem Schätzungswerthe desselben anzunehmen. Auch kann bey der Ausmittlung der Forderungen für die Aftergläubiger keineswegs jener Ersatz zum Maßstabe angenommen werden, welchen der Eigenthümer des executirten Immobile von den Besitzern der übrigen Immobilien verhältnißmäßig in Anspruch nehmen will. Die wechselseitige Ersatzleistung der dritten Besitzer solcher conjunctim verhypothecirten Immobilien, und der nur unter ihnen auszumittelnde Betrag des Ersatzes, kann auf die Rechte des Hypothekar-Gläubigers durchaus keinen Einfluß haben, er ist berechtiget, Kraft der Gesammt-Hypothek nach seiner Wahl aus den conjunctim verpfändeten Immobilien die Befriedigung zu verlangen, und eben dieses Recht steht auch dem an seine Stelle und in sein Recht tretenden Aftergläubiger zu. Wie sollte endlich die Vertheilung unter die Afterhypothekar-Gläubiger geschehen, wenn der Schuldner zu Folge §. 455 des b. G. B. die Forderung zu Gericht hinterlegt? Soll hier der Schätzungswerth eines jeden einzelnen Immobile zur Ausmittlung des auf jeden Afterhypothekar-Gläubiger entfallenden Antheils berücksichtiget werden, da in diesem Falle keine Feilbiethung Statt findet, welche eben der Schuldner durch die gerichtliche Hinterlegung der Forderung zu beseitigen sucht? Welche Streitigkeiten können bey Ausmittlung des Werthes entstehen? Dadurch würde also die Sache ohne Noth noch mehr erschwert. — Herr Appellationsrath Nippel gesteht den mehreren abgesondert eingetragenen Afterpfand-Gläubigern, wenn nur die Forderung des urspünglichen Gläubigers conjunctim eingetragen ist, ein Recht auf alle verpfän-

beten Immobilien zu, da er sagt, daß jeder der Gläubiger nun ein doppeltes Pfandrecht habe, nämlich ein unmittelbares auf die intabulirte Forderung selbst, und dann ein Afterpfand-Recht auf die Realität, worauf die Forderung intabulirt ist, und daß der Gläubiger sowohl in dem Falle, wenn die Forderung, als auch in dem Falle, wenn ein Immobile in Folge der Hypothekarklage feilgebothen würde, auf den Erlös Anspruch habe, jedoch nur so, daß sie in beyden Fällen nach der Priorität, wie sie das Pfandrecht erworben haben, befriediget werden sollen, weil der später eingetragene Gläubiger den Rechten der früher intabulirten keinen Eintrag thun kann. Das ist wohl richtig, bey solchen Gläubigern, welche auf jedem Immobile eine specielle für sich allein wirkende Hypothek erworben haben, aber nicht bey solchen, welche nur bey einem oder dem andern conjunctim verpfändeten Immobile eingetragen erscheinen; denn nach dieser Ansicht hätte ein Aftergläubiger eine Hypothek auf ein Immobile erworben, worauf er gar nicht eingetragen erscheint. Wie könnte er denn auf den Erlös desselben Anspruch machen? Auch würde es, was die Priorität betrifft, auf diese Art leicht geschehen, daß bey einer Unzulänglichkeit der Hypothek gerade der auf dem kleinsten Gute zuerst intabulirte Gläubiger mit seiner Forderung vollkommen befriediget wird, während ein auf dem größten Gute später intabulirter Gläubiger ganz oder zum Theil leer ausgehen würde. Daher glaube ich, daß die Priorität nur in Rücksicht der Frage, welchen Gläubigern die gemeinschaftliche Hypothek zustehe? entscheidend sey, daß sie aber auf ihre Befriedigung keinen Einfluß nehmen könne.

§. 15.

Fortsetzung.

Meines Erachtens ist in diesem Falle nach den bey der Gemeinschaft des Eigenthümers und anderer dinglichen Rechten bestehenden Grundsätzen die Ausmittlung des auf jeden Gläubiger entfallenden Betrages zu machen. Denn so wie

ein Gläubiger auf eines der conjunctim verpfändeten Immobilien eine After-Hypothek ansucht, so erwirbt er auch nach Maßgabe seiner Forderung einen verhältnißmäßigen Antheil an der Gesammt-Hypothek, als einem noch ungetheilten Rechte, also vermöge der conjunctim auch an der bey den übrigen Immobilien eingetragenen Hypothek. Er tritt von diesem Augenblicke an in eine Gemeinschaft der Hypothek. Damit aber diese Gemeinschaft ersichtlich werde, soll vor Allem auch die Eintragung bey den übrigen conjunctim verpfändeten Immobilien geschehen, wenn auch dieses nicht begehrt worden ist, weil hier diese Anmerkung der Conjunction schon von Amtswegen, wie bey allen Veränderungen mit Gesammt-Hypotheken zu geschehen hat (§. 7). Jeder Theilhaber ist vollständiger Eigenthümer seines Antheils. Insofern er die Rechte seiner Mitgenossen nicht verletzt, kann er seinen Antheil weiter verpfänden, vermachen, oder sonst veräußern (§. 829 des b. G. B.). Obschon er aber wegen der super-intabulirten Forderung Kraft der erworbenen Afterhypothek mit der Hypothekarklage aus einem oder dem andern Immobile eben so wie der ursprüngliche Gläubiger seine Befriedigung zu begehren, die Feilbiethung anzusuchen berechtiget wird, so kann er dieses doch immer nur mit Rücksicht auf die übrigen für eben diese Forderung verpfändeten Immobilien bewerkstelligen, er kann als Theilhaber an der gemeinschaftlichen Hypothek keine Veränderung vornehmen, wodurch über den Antheil des Andern verfügt würde (§. 828 des b. G. B.). Da nun bey der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache jeder Theilnehmer dasjenige zu erhalten hat, was ihm nach Maß seines Antheils zusteht (§. 841 des b. G. B.), so folgt, daß auch bey der Realisirung eines der conjunctim verhypothecirten Immobilien dem Afterhypothekar-Gläubiger nur jener Antheil des Erlöses gebühre, welcher ihm mit Rücksicht auf die auf den übrigen Immobilien eingetragenen Afterhypothekar-Gläubiger nach Maßgabe seines Antheils an der ganzen Forderung zusteht. Da ferner die Gemeinschaft der Hypothek sich nur nach der Höhe der zum Grunde liegenden Forderung

richtet, so muß in dieser Hinsicht auf die Priorität der Afterhypothekar-Gläubiger Bedacht genommen werden, so daß nur jene in einer Gemeinschaft stehen, welche bis zur Höhe der Forderung ihres Schuldners secundum prioritatem temporis eingetragen worden sind. Ich wähle zuerst der Einfachheit wegen das Beyspiel mit einer Cession [1]). Gesetzt, der Gläubiger A cedirt seine 3000 fl. unter der ihm zustehenden Gesammt-Hypothek dem E, F und G, jedem mit 1000 fl. E läßt die Cession nur auf das Haus, F auf den Acker, und G auf die Wiese einverleiben. Vermöge der Conjunction aber muß, wie gesagt, die vorgeschriebene Anmerkung bey allen drey Immobilien geschehen. E executirt das Haus, welches für 3000 fl. verkauft wird, so erhält er von dem Erlöse seinen Antheil mit 1000 fl., und eben so F und G die übrigen 2000 fl. In dem Maße, als durch den Kaufschilling des Hauses die ganze Forderung, wofür die Gesammt-Hypothek bestellt war, getilgt wird, in eben dem Maße erlischt die Hypothek auf den Acker und der Wiese, und F und G sind schuldig, dieselbe löschen zu lassen. Hier kam es nicht auf die Priorität unter den Cessionaren an, weil ihre Antheile der eingetragenen Forderung gleich waren, diese nicht übersteigen konnten. Gesetzt, F executirt den Acker, der Erlös ist 1000 fl., so kommt es darauf an, ob die auf dem Hause und der Wiese eingetragenen Cessionare E und G den ihrer Forderung verhältnißmäßigen Antheil, daher jeder mit 333 fl. 20 kr. in Anspruch nehmen, oder ob sie dem F den ganzen Erlös überlassen, und sich mit den übrigen Immobilien rücksichtlich ihrer Forderung begnügen wollen. Wollen sie dieses nicht, und beharren auf ihren Antheil, so hat jeder derselben den Betrag mit 333 fl. 20 kr. zu empfangen, wornach immer das Haus und die Wiese nur für 2000 fl. verhaftet bleiben, und die auf Abschlag der

---

[1]) Dieses kann auch bey Erbschaftstheilungen, oder in dem Falle, wenn Mehrere als Gläubiger das Anlehen im Ganzen gegeben haben, und sich nun abtheilen wollen, Statt finden.

Forderung bezahlten 1000 fl. gelöscht werden. Eben dieses Verfahren findet bey Afterhypotheken Statt, da eine rechtlich erworbene Afterhypothek im Grunde als eine nothwendige Cession anzusehen ist. Jedoch muß hier vor Allem auf die Priorität der Einträge Bedacht genommen werden, weil es nicht selten geschieht, daß Super-Einverleibungen und Super-Pränotirungen in Ansehung größerer, die ursprünglich eingetragene Forderung weit übersteigenden Beträge angesucht und vorgenommen werden, da es immer noch von der Liquidirung der Forderung abhängt, ob und in Rücksicht welchen Betrages die Super-Einverleibung oder Pränotirung zu Recht bestehe, weil ferner eine Gemeinschaft nur unter jenen Gläubigern begründet werden kann, deren Forderungen zusammen die eingetragene Forderung ihres Schuldners nicht übersteigen, dergestalt, daß, wenn durch die bereits in einer Gemeinschaft befindlichen Gläubiger die ganze Forderung erschöpft würde, auf später eingetragene Gläubiger kein Bedacht genommen werden kann, da die Hypothek vermöge ihrer accessorischen Eigenschaft sich nicht weiter als die Forderung erstreckt. Wenn also z. B. E auf dem Hause eine Afterhypothek mit 1500 fl., F auf den Acker mit 500 fl., und G auf der Wiese mit 1000 fl. erwirkt haben, dessenungeachtet aber noch später der Gläubiger H auf das Haus eine Afterhypothek pr. 1000 fl. angesucht hätte, so könnte bey der Realisirung der Gesammt-Hypothek auf ihn kein Bedacht genommen werden, weil die drey ihm vorausgehenden Gläubiger die Forderung bereits erschöpfen, der Gläubiger H demnach nicht mehr in der Gemeinschaft begriffen seyn, und überhaupt keinen Antheil an einer Hypothek haben konnte, für welche keine Forderung mehr vorhanden ist. Wie nun immer in diesem Falle die Realisirung der Gesammt-Hypothek geschehen sollte, so würde die Forderung des A unter die Afterhypothekar-Gläubiger verhältnißmäßig, und zwar nach folgender Proportion zu repartiren seyn: Der Gesammtbetrag der Afterhypotheken zu dem Betrage der realisirten Forderung des A, wie der Betrag

der einzelnen Afterhypothek zu den auszumittelnden Antheil. Würde also durch die Execution des Hauses oder aller drey Immobilien die Forderung des A pr. 3000 fl. eingebracht, oder würde der Schuldner die Forderung pr. 3000 fl. gerichtlich hinterlegen, so wäre diese nach der eben erwähnten Proportion dergestalt zu repartiren, daß hiervon E 1500 fl., F 500, und G 1000 fl. empfangen. Der Gläubiger H müßte jedoch leer ausgehen, weil er wegen der zu spät angesuchten Eintragung nicht mehr an der Gemeinschaft der Hypothek Theil nehmen konnte. Gesetzt aber, H würde mit seiner Forderung pr. 1000 fl. unmittelbar nach dem E, später F, und dann G die Hypothek erwirkt haben, so würde H den beyden Letzteren vorgehen, und von dem Erlöse, von den nach Befriedigung des E verbleibenden 1500 fl. einen Betrag pr. 1000 fl., und F den Rest pr. 500 fl. erhalten, G aber leer ausgehen. Es ist zwar richtig, daß in dem Falle, wenn bey der Repartition der 3000 fl. die in der Gemeinschaft begriffenen Gläubiger in Gemäßheit der Priorität der Eintragung in das öffentliche Buch befriedigt werden, dasselbe Resultat herausgebracht wird, weil hier vorausgesetzt wurde, daß die ganze Forderung pr. 3000 fl. erlegt, oder doch durch die Execution des Hauses erzielt wurde. Allein ein anderes Resultat würde erfolgen, wenn wegen Unzulänglichkeit der einen oder der andern Hypothek nicht die ganze Forderung einbringlich gemacht werden könnte, oder wenn von einem oder dem andern Afterhypothekar-Gläubiger nur Ein Immobile executirt wird. Gesetzt, unter den drey super-intabulirten Gläubigern E, F und G, würde der zuletzt mit 1000 fl. eingetragene Gläubiger G die Wiese executiren, und der Erlös wäre nur 1000 fl., so hätte in Folge der Priorität der Gläubiger E das Recht, diese 1000 fl. auf Abschlag seiner Forderung pr. 1500 fl. in Empfang zu nehmen. G würde ungeachtet der auf seine Kosten geführten Execution nichts erhalten, und müßte sich mit den ihm vermöge der Conjunction auf dem Hause und dem Acker noch gebührenden Antheilen an der Gesammt-Hypothek

begnügen, wo er bey einer allfälligen spätern Unzulänglichkeit des Erlöses abermahl einem Abzug oder einem Verluste ausgesetzt werden könnte, da er doch in Folge der Gemeinschaft an der Forderung und Hypothek auf einen verhältnißmäßigen Theil Anspruch zu machen hat. Hieraus ergibt sich, daß die Priorität bey der Befriedigung oder bey der Ausmittlung der Antheile der auf den conjunctim verpfändeten Immobilien eingetragenen Afterhypothekar-Gläubiger nicht als allgemeiner Maßstab angenommen werden könne, und in dieser Hinsicht die verhältnißmäßige Vertheilung der ganz oder zum Theil eingebrachten Forderung mehr der Gerechtigkeit und Billigkeit entspreche, da man wohl mit Grund vermuthen kann, daß auch ein Afterhypothekar-Gläubiger nicht sowohl auf den Werth des einzelnen Immobile, als Hypothek, sondern auf die Gesammtheit aller Hypotheken Bedacht genommen hat[1]).

§. 16.

Entsagung oder theilweise Löschung bey einer Gesammt-Hypothek.

Die Entsagung, Verzichtleistung gehört zu den Tilgungsarten der Verbindlichkeiten (§§. 467 u. 1444 d. b. G. B.). Es frägt sich nun, kann ein Gläubiger, welchem eine Gesammt-Hypothek zusteht, auf die Hypothek bey einem oder dem andern der conjunctim verpfändeten Immobilien zu Gunsten des Schuldners entsagen, dergestalt, daß diese bey dem einen Immobile gelöscht, jedoch bey den übrigen noch haftend bleibe? Ist diese Entsagung ohne weiters gültig, oder dazu die vorläufige Einwilligung der postlocirten Gläubiger nothwendig? Daß die Rechte der Letztern dadurch in mancher Hinsicht gefährdet werden können, unterliegt wohl keinem Zweifel, weil insoferne, als ein Immobile befreyt wird, die Belastung der übrigen conjunctim verpfändeten Immobilien größer, und so die

[1]) Die zwischen den After-Hypothekar- und den postlocirten Gläubigern hier ebenfalls leicht entstehenden Collisionen wären nach den oben (§§. 9 _ 12) aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen.

Sicherheit der auf den letztern erscheinenden postlocirten Gläubiger vermindert wird. Allein alle jene Gründe, welche ich bey der Theilung einer Gesammt-Hypothek angeführt habe (§. 13), lassen sich auch hier vollkommen anwenden, weil eine Entsagung ihrer Wirkung nach einer Theilung gleichzuhalten, bey welcher der Gläubiger auch an kein Verhältniß gebunden ist, sondern nach seiner Wahl auf ein oder das andere Immobile einen geringern oder größern Betrag seiner Forderung repartiren, und hiernach die dafür bestellte Hypothek vergrößern oder vermindern kann, ja selbst schon bey der Theilung berechtiget ist, ein oder das andere Immobile von der Hypothek zu befreyen, also darauf Verzicht zu leisten, und in deren Löschung zu willigen. Zwar gibt es auch hierbey abweichende Ansichten [1]). Man beruft sich insbesondere auf den §. 467 des b. G. B., vermöge dessen die Entsagung des Gläubigers gesetzmäßig seyn, also dadurch das Recht eines Dritten nicht verletzt werden solle. Deßwegen will man behaupten, daß eine Entsagung zum Nachtheile dritter Besitzer der übrigen conjunctim hypothecirten Güter, oder der auf denselben nach einer Gesammt-Hypothek eingetragenen Gläubiger nicht geschehen könne, ohne daß diese früher hierüber einvernommen werden. Ich bleibe hier nur bey dem Rechtsverhältniß der postlocirten Gläubiger stehen, ohne derzeit in jenes der dritten Besitzer einzugehen. Die Entsagung muß gesetzmäßig seyn, kann nur dahin bezogen werden, daß derjenige, welcher entsagt, mit seinem Vermögen frey zu verfügen berechtiget sey, und dadurch den Rechten Dritter, mit welchen er in irgend einem verbindlichen Rechtsverhältnisse steht, nicht Abbruch geschehe. So kann freylich ein Gläubiger zum Nachtheil eines super-intabulirten Gläubigers eben so wenig, als zum Nachtheil eines Mitschuldners oder eines Bürgen auf seine Hypothek Verzicht leisten (§§. 896 und 1360 des b. G. B.). Allein der Gläubiger bey einer Gesammt-Hypothek steht ja mit den nachfolgenden Gläubigern in keinen

[1]) Nippel's Erläuterungen des b. G. B., S. 520 u. f. f.

verbindlichen Rechtsverhältnissen, er ist befugt, unabhängig von den Rechten der postlocirten Gläubiger seine Hypothek geltend zu machen (§. 9), also auch befugt, derselben zu entsagen. Welche Inconvenienzen, welche weitläufige, kostspielige Prozesse würde eine derley Einvernehmung, und vorläufige Zustimmung der postlocirten Gläubiger bey der Entsagung zur unausweichlichen Folge haben? Man hat wohl zu wenig dabey an die Möglichkeit der Ausführung in praxi gedacht, wenn man so im Allgemeinen den Satz aufstellt, daß eine Entsagung ohne Einvernehmen der nachfolgenden Gläubiger nicht geschehen könne? Genau erwogen kann die Entsagung nur dem Einen oder dem Andern nachtheilig, aber auch wieder Einem oder dem Andern nützlich seyn; denn gesetzt, in dem obigen Beyspiele, daß der Gläubiger A auf die Hypothek des Ackers renuncirt, so gewinnt offenbar der nachfolgende Gläubiger C, und wenn er auf die Hypothek des Hauses renuncirt, der Gläubiger B; Beyden wird daran liegen, daß die Entsagung gültig bleibe, und so müßten die übrigen verkürzten Gläubiger ihre vermeinten Rechte gegen diese, gegen den Gläubiger A und allenfalls gegen den Hypothekar-Schuldner, der die Entsagung auch in seinem Interesse findet, erstreiten. Wie kann man wohl der Gesetzgebung und den Gerichten zumuthen, solche widerstreitende Interessen zu vereinigen? Wie sollte man dafür allgemein gültige Normen festsetzen? Es bleibt abermahl Sache der Betheiligten, ihre Rechte selbst wahrzunehmen, und die zu ihrer Sicherheit erforderlichen gesetzlichen Mittel zu wählen. Zu dem Ende aber ist es eben so wie bey der Theilung (§. 13) nothwendig, daß die postlocirten Gläubiger von einer solchen Entsagung oder Löschung gehörig verständiget werden. Auch die preußische Gesetzgebung fordert zu einer derley Entsagung keine Einvernehmung oder Zustimmung der postlocirten Gläubiger [1]). Allein in neuerer Zeit ist man

[1]) „Ist eine Forderung auf mehrere Grundstücke eingetragen, so kann deren Löschung, wenn sonst die gesetzlichen Erfordernisse derselben beygebracht sind, unter dem Vorwande, daß die auf die andern

noch weiter gegangen, und gestattet sogar dem Schuldner, über einen durch die Entsagung des Gläubigers offen gewordenen Locum, also über die Hypothek selbst zu Gunsten eines Dritten ohne Einwilligung der postlocirten Gläubiger zu verfügen [1]).

Grundstücke später eingetragenen Gläubiger dadurch gefährdet würden, nicht verweigert werden, indem diese sich gesetzlich nicht beklagen können, wenn ein vor ihnen eingetragener Gläubiger auf einen Theil der ihm gesetzten Sicherheit verzichtet."

Ministerial-Verfügung vom 5. Februar 1819 v. Kampß Jahrbücher, Bd. 13, S. 43.

[1]) Diese einen sehr merkwürdigen Fall betreffenden Ministerial-Rescripte vom 24. März und 13. May 1831 finden sich zwar nicht in den v. Kampß'schen Jahrbüchern, sind aber in einer zu Marienwerder 1831 erschienenen anonymen Schrift: „Ist die Hypothek nach preußischem Rechte ein accessorisches, oder ein selbstständiges dingliches Recht?" zur Kenntniß des juristischen Publikums gebracht, und in dieser Schrift ist zugleich eine Widerlegung der Ansicht des Ministeriums versucht worden. Dieselbe berührt einen äußerst wichtigen Punkt des Hypothekenwesens. Die Veranlassung gab folgender Fall: Johann K besitzt die beyden Grundstücke W und D. Beyde verpfändet er einem Gläubiger M für eine Summe von 1761 Rthlrn., und Letzterer wurde demgemäß auf beyde Grundstücke eingetragen. Nachdem hierauf Johann K diese Grundstücke noch mit mehreren Hypotheken beschwert hatte, leistete der M auf die ihm bestellte Hypothek auf dem Gute W Verzicht, und constatirte in deren Löschung, ohne jedoch seine Forderung selbst aufzugeben. Nun cedirte der K seiner Ehefrau wegen einer angeblichen Forderung derselben die von dem M freygegebene Hypothek auf dem Gute W, und die verehelichte K verlangte auf den Grund dieser Erklärung die Eintragung ihrer Forderung an der Stelle, welche bisher der M innegehabt hatte. Der Hypothekenrichter verweigerte aber die Eintragung: 1.) weil der K die Hypothek, welche er an seine Ehefrau abtreten wolle, selbst noch nicht erworben habe, indem dieß nur nach Tilgung der Forderung des M geschehen seyn könnte; 2.) weil zum Nachtheil der postlocirten Gläubiger das ihnen vorstehend gewesene Hypothekenrecht durch die Operation des K verdoppelt werden würde. Darüber führte die verehelichte K bey dem vorgesetzten Hypothekenrichter Beschwerde,

Wenn nun gleich nach den im Königreiche Preußen bestehenden Gesetzen, insbesondere nach dem §. 52 des Anhanges zum allgemeinen Landrechte, der Schuldner durch eine Verzichtleistung

---

welcher sie mit dem Andeuten zurückwies, daß sie zuvörderst die Einwilligung der postlocirten Gläubiger in die Eintragung beybringen, oder gegen selbige im Rechtswege ihre Prätension erstreiten müßte. Nun wandte sich die verehelichte K an das Justiz-Ministerium, und dieses erklärte die Beschwerde mit Rescript vom 24. März 1831 für wohlbegründet. „Aus den in der Verfügung vom 5. Februar 1819 angeführten Gründen," heißt es in dem Rescripte „hatten die auf dem Gute D hinter der Post pr. 1761 Rthlrn. eingetragenen Gläubiger kein Recht, der Verzichtleistung auf die mit dem Gute W für die gedachte Forderung zugleich bestellte Sicherheit, von Seite des Inhabers der Post, und der Löschung der Letzteren auf W zu widersprechen. Durch die gedachte Verzichtleistung und Einwilligung zur Löschung, insoferne der Schuldner und Gutsbesitzer darauf anträgt, ist nun der Letztere nach dem §. 52 des Anhanges zum allgemeinen Landrechte unbedenklich Eigenthümer der Hypothek geworden, und darüber zu disponiren befugt. Daß dabey von seiner Seite keine Zahlung erfolgt ist, muß als völlig gleichgültig betrachtet werden, da es auf den Titel, wodurch der erledigte locus wieder in den Besitz des Schuldners gekommen, nach der gedachten gesetzlichen Vorschrift nicht ankommt; die Declaration vom 3. April 1814 hingegen, welche nur die Frage entscheidet: „Ob im Falle einer geleisteten Zahlung die ertheilte Quittung den zahlenden Schuldner zum Eigenthümer der Hypothek macht?" im vorliegenden Falle, wo von keiner Zahlung, sondern von einem andern modo der Vereinigung des Schuldners und Gläubigers die Rede ist, keine Anwendung findet. Hiernach haben nun auch die auf W eingetragenen spätern Gläubiger kein Recht, die Löschung des gedachten Activi zu verlangen, solchergestalt in den erledigten locum einzurücken, und dem Gutsbesitzer die Disposition darüber streitig zu machen." Dagegen remonstrirte zwar das Oberlandesgericht; das Justiz-Ministerium aber blieb bey seiner Verfügung, und äußerte unter Andern noch folgendes: „Durch den §. 52 des Anhanges zum allgemeinen Landrechte ist das Hypothekenrecht allerdings als ein selbstständiges anerkannt, und der Schuldner und Eigenthümer des Grundstückes darüber anderweitig zu disponiren für befugt erklärt worden. Kein postintabulirter Gläubiger

und Einwilligung des Gläubigers in die Löschung, Eigenthümer der Hypothek geworden ist, und darüber anderweitig zu verfügen befugt wird, und in dieser Hinsicht die Hypothek als ein selbstständiges Recht erscheint, wie dieses auch nach dem neuen bayrischen Hypotheken-Gesetz vom Jahre 1822 §. 84 der Fall ist, wornach der Schuldner nach erloschener, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang derselben einem andern, auch einem neuen Gläubiger, jedoch für keine größere Summe einräumen kann; wenn gleich diese gesetzlichen Verfügungen bey speciellen Hypotheken sich hinreichend rechtfertigen lassen, weil dadurch im Leben so viele geheime Umtriebe und fingirte Cessionen beseitiget werden, die Gesetzgebung also das offen geschehen läßt, was sonst in Geheim zu geschehen pflegt, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Anwendung dieser Grundsätze auf Gesammt-Hypotheken, bey aller ihrer Consequenz, für den Privat-Credit äußerst gefährlich werde, ja alle Rechtssicherheit, die gerade das Hypotheken-Institut zu bezwecken sucht, zerstört werde. An einer Gesammt-Hypothek, und eigentlich an der, zum Grunde liegenden For-

---

kann vor erfolgter Löschung darauf Anspruch machen, in eine frühere Stelle einzurücken, und dadurch seine Sicherheit zu verbessern. Ob die Forderung, weßhalb die Hypothek bestellt wurde, wirklich getilgt worden, oder ob der frühere Gläubiger auf das Hypothekenrecht Verzicht geleistet, ist in dieser Hinsicht ganz gleichgültig, da in beyden Fällen die Erledigung des loci nicht zu Gunsten der nachstehenden Gläubiger, sondern zu Gunsten des Schuldners geschehen ist. Auch wird durch den im vorliegenden Falle eintretenden Umstand, daß wegen der contrahirten Schuld zwey Grundstücke verpfändet werden, in der Sache selbst weder in Bezug auf die Gläubiger, die auf dem der Hypothek noch unterworfenen Grundstücke später eingetragen worden, noch in Bezug auf diejenigen, die auf das von dem vorstehenden Gläubiger ex nexu gelassene Grundstück Rechte erworben haben, irgend etwas verändert, da diese Gläubiger dadurch, daß wegen der ihnen vorgehenden Forderung noch eine andere Sicherheit geleistet worden, auf die Beybehaltung dieser Sicherheit durchaus kein Recht erlangt haben."

derung darf zum Nachtheil der postlocirten Gläubiger keine Veränderung vorgenommen werden, und das geschieht durch die erwähnte Operation des Schuldners; denn nun hört die Gesammt-Hypothek auf, es treten aber statt derselben nicht bloß specielle, sondern mehrere verschiedene Hypotheken ein, deren jede eine besondere Forderung zum Gegenstande hat, jedes Immobile wird für sich allein abgesondert von den übrigen mit eben jener ganzen Forderung verhaftet, womit vorher alle Immobilien conjunctim verhaftet gewesen sind. Wird eine solche Operation bey allen verpfändeten Immobilien in Ausführung gebracht, werden überall, statt der eingetragenen Forderung, auf deren Hypothek der Gläubiger verzichtet, also bey dem zu Gunsten des Schuldners offen gewordenen Locus anderweitige Forderungen mit eben demselben Vorrechte, den die frühere hatte, substituirt, so ist es auf diese Art um die Sicherheit aller auf sämmtlichen Immobilien später eingetragenen Gläubiger geschehen, ohne daß ihnen nur das geringste Rechtsmittel zu Gebothe stünde.

Das nicht minder wichtige Rechtsverhältniß unter den dritten Besitzern solcher conjunctim verpfändeten Immobilien wird in einem besonderen Aufsatze folgen.

XVII.

Nachtrag zu der Abhandlung über die Anrechnung in den Pflichttheil im July-Hefte d. J. 1835 dieser Zeitschrift.

Vom

Herrn Peter Gspan,

Rathsprotokollisten bey dem k. k. steyerm. Landrechte.

Oeffentlich aufgefordert, in einem nachträglichen Aufsatze die Einwendungen des Herrn Dr. Czada gegen die Anrechnungsart in den Pflichttheil, vermöge welcher der Vorempfang von dem ausgemittelten Pflichttheile lediglich in Abzug gebracht wird, zu widerlegen[1]), wage ich es, diese Aufgabe zu lösen. Ich würde zwar schon damahls, als ich den Aufsatz über die Anrechnung in den Pflichttheil lieferte[2]), auch die Ansichten dieses Herrn Schriftstellers widerlegt haben; allein, wie es in der öffentlichen Aufforderung ganz richtig bemerkt wurde, sind mir sowohl die vom Herrn Professor Dr. Wessely aufgestellte Anrechnungsart[3]), als auch die vom Herrn Dr. Czada

---

[1]) Siehe diese Zeitschrift, 10. Heft vom October 1835 am Ende: „Literärischer Wunsch.“

[2]) Siehe dieselbe Zeitschrift, 7. Heft.

[3]) Vergl. dessen Recension über Nippel's Abhandlung, in dieser Zeitschrift v. J. 1828, 3. Bd., S. 376.

Anmerkung der Redaction.

dagegen erhobenen Anstände[1]) entgangen, weil ich hiervon in keinem mir in die Hände gekommenen Schriftsteller etwas gefunden habe; daher war ich auch der sicheren Meinung, daß diese, sogar nahe liegende Anrechnungsart noch nie zur Sprache gekommen sey.

Bey Prüfung und Widerlegung der vom Herrn Dr. Czada erhobenen Einwendungen berührt mich aber das alles nicht, was derselbe gegen die — wahre oder unwahre — Consequenz des Herrn Dr. Wessely, als Recensent der Anrechnungsart des Herrn Appellationsrathes Nippel angebracht hat; sondern ich werde mich, ohne zugleich ein Vertheidiger des Herrn Recensenten zu seyn, lediglich darauf beschränken, zu erweisen, daß die vom Herrn Dr. Czada gegen die — von ihm benannte — sechste Einrechnungsart gemachten Einwendungen unstatthaft seyen, und daß gerade diese von ihm so sehr verachtete Anrechnungsmethode sich ohne aller Beyhülfe einer, die positiven Gesetze suppliren sollenden Rechtsphilosophie von selbst als wahr darstelle.

Daß ich in diesem Aufsatze auf den von mir gelieferten, im July-Hefte 1835 enthaltenen Aufsatz über die Anrechnung in den Pflichttheil verweisen, und die dort aufgestellten Grundsätze als bekannt annehmen muß, versteht sich von selbst, indem dieser Aufsatz ja nur als ein Nachtrag, sohin beyde zusammen als ein Ganzes angesehen werden sollen.

Wie bekannt, vertheidiget Herr Dr. Czada die vom Herrn Professor und Regierungsrathe Scheidlein aufgestellte erste — die sogenante römische — Anrechnungsmethode, wobey er alle übrigen bisher in Vorschein gekommenen Anrechnungsarten als dem Gesetze nicht gemäß darzustellen sucht.

---

[1]) Vergl. Czada's Monographie über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheils (Wien 1830, bey Gollinger) und die Recension darüber in dieser Zeitschrift v. J. 1831, 3. Bd., S. 110 u. ff.

Da er die zweyte, dritte, vierte und fünfte Anrechnungsart beyläufig aus den auch von mir angegebenen Gründen bestreitet, so beschränket sich vorliegende Abhandlung lediglich auf zwey Punkte:

I.) Auf die Widerlegung jener Gründe, aus welchen Herr Dr. Czada der ersten — römischen — Anrechnungsart das Wort spricht, und

II.) auf die Widerlegung der gegen die — von ihm benannte sechste — Anrechnungsart erhobenen Anstände; denn es ist nothwendig, zu beweisen, daß die von ihm vertheidigte Anrechnungsart nicht die vom Gesetze vorgeschriebene sey, um die von mir vertheidigte als die wahre darstellen zu können, weil es nur Eine wahre Anrechnungsart geben kann.

I. Absatz.

Die vom Herrn Professor Scheiblein aufgestellte erste — sogenannte römische — Anrechnungsmethode kann nicht die im Gesetze gegründete seyn.

Merkwürdig ist es, daß Herr Dr. Czada selbst bezweifelt, ob die von ihm vertheidigte Anrechnungsart dem Gesetze gemäß sey; denn Seite 164 erkläret er, daß von allen bisher erschienenen Anrechnungsarten die erste am wahrscheinlichsten die richtige sey, und Seite 162 sagt er selbst: Wenn Herr Dr. Wessely die gegen seine Anrechnungsart erhobenen Schwierigkeiten behebe, werde nur er die Palme erringen; wo nicht, so habe es den Anschein, daß alle bisher aufgestellten Anrechnungsarten, die vorliegende — von ihm vertheidigte — nicht ausgenommen, rücksichtlich ihrer Gesetzmäßigkeit gar keine Gewißheit gewähren. Es scheint daher, daß er es durch seine Beweisführung nicht einmahl so weit gebracht habe, daß er selbst von der Gesetzmäßigkeit derselben überzeugt worden wäre; es ist aber geradezu auch unmöglich, daß ihm während seiner Beweisführung das Schwan-

kende und Unrichtige seiner Behauptungen und Forschungen nicht aufgefallen seyn sollte.

Ueberzeugt, daß sich diese Anrechnungsart, als von dem bereits außer Wirkung gesetzten römischen Rechte entlehnt, — welche Entlehnung Herr Professor und Regierungsrath Scheidlein offen eingesteht — nicht halten könne, bemüht sich der Herr Verfasser, darzustellen, daß selbe der Vorschriften des römischen Rechtes nicht bedürfe, sondern selbst den Anordnungen des a. b. G. B. entspreche. Hierbey meint er, komme alles darauf an, ob man beweisen könne, daß die einrechenbaren Vorempfänge als zur Verlassesmasse gehörig gedacht werden können, wornach dann natürlich die Conferirung sich von selbst rechtfertige, ob sie gleich in dem Gesetze ausdrücklich nirgends vorgeschrieben sey. Sonach wäre die Verlassenschaft nicht M, sondern M + P, und der Erbtheil eines jeden $\frac{M+P}{n}$, und der Pflichttheil $\frac{M+P}{2n}$, die Pflichttheilsergänzung aber $\frac{M+P}{2n} - P$. Ob dem Herrn Verfasser dieser Beweis gelungen sey, wird das Resultat der Untersuchung desselben zeigen.

Seite 108 meint der Verfasser: Obgleich nach gesetzlicher Bestimmung unter einer Verlassenschaft nichts anderes, als der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind, verstanden werde, so lasse sich doch aus dem Gesetze nachweisen, daß die anrechnungspflichtigen Gaben auch noch zu jenen Rechten — folglich zum Vermögen des Erblassers gehören; dieß erhelle:

1.) Aus dem §. 798 d. b. G. B., wo die anrechnungspflichtigen Gaben an die Aeltern ausdrücklich Vorschüsse genannt würden; Vorschuß sey aber eine Leistung, zu welcher der sie Thuende wegen des noch nicht vorhandenen objectiven Grundes dermalen zwar noch nicht rechtlich verflichtet ist, es aber in Folge des zwischen ihm und dem Empfänger obwal-

tenden Rechtsverhältnisses eher oder später seyn wird, oder mit anderen Worten, die Zahlung einer erst künftigen Schuld unter der Voraussetzung, daß man dazu verpflichtet seyn werde, und mit Vorbehalt einer dießfällig näheren Berechnung, und es mache es der zwischen diesem und dem §. 788 obwaltende Zusammenhang gewiß, daß auch die in diesem aufgezählten Gaben Vorschüsse seyen.

Wir wollen dem Herrn Verfasser den dadurch vermeintlich errungenen Vorsprung nicht streitig machen, nur wollen wir untersuchen, ob sich daraus auch schließen lasse, daß diese Vorschüsse noch zum Vermögen des Verstorbenen gehören, und sohin Theile der Verlassenschaft ausmachen? Wenn diese Vorschüsse noch zur Verlassesmasse gehören sollten, so muß dem Verstorbenen auch zur Zeit seines Ablebens noch das Eigenthum darauf zustehen; allein dieses wird man schwerlich behaupten können. Denn die künftig eintretende Verbindlichkeit — wie der Herr Verfasser selbst angibt — vorausgesetzt, wären diese Vorschüsse doch nichts anderes, als Vorauszahlungen, eine geleistete Zahlung kann aber nach §. 1434 d. b. G. B. deßwegen, weil die Zahlungsfrist noch nicht eingetreten ist, nicht zurückgefordert werden; was ich nicht mehr zurückfordern kann, darauf steht mir auch kein Eigenthumsrecht zu (§. 366 des b. G. B.). Das ganze Recht, welches dem Vorschußleistenden noch zusteht, besteht darin, daß er den gegebenen Vorschuß bey der Erfüllung der ganzen Verbindlichkeit in Abrechnung bringen kann, und gerade in dieser Abrechnung des bereits Gegebenen besteht die Anrechnung.

Was könnte man wohl demjenigen sagen, der da angeben wollte: Mein Vermögen besteht in 20,000 fl. + den 4000 fl., welche ich bereits dem A auf Rechnung der im kommenden Monate zu zahlenden 6000 fl. gegeben habe, — gewiß nichts anderes, als, dein gegenwärtiges Vermögen besteht nur in 20,000 fl., weil die bereits gezahlten 4000 fl. nicht mehr dein Eigenthum, sondern nur ein Abrechnungs-Gegenstand sind. Zudem ist es keineswegs richtig, daß alle Gaben des §. 788

d. b. G. B. nur in einer zukünftigen Verbindlichkeit gegründet sind; denn nach den §§. 1220 — 1223 und 1231 d. b. G. B. sind die Aeltern schuldig, bey der Verehelichung der Tochter ein Heirathsgut, und dem Sohne eine Ausstattung zu geben. Die Verabreichung dieser Gaben kann daher nicht einmahl eine Vorauszahlung im strengen Sinne, sondern nur in der Hinsicht eine solche genannt werden, weil der Gesetzgeber eben im §. 788 d. b. G. B. die Einrechnung derselben gestattet, woraus erhellet, daß diese Gaben, wobey die wahre Zahlungsverbindlichkeit vorhanden ist, auf Abschlag an der künftigen Erbschaft gegeben werden.

Bey dem in zweytens angeführten Grunde, Seite 109, ist der Herr Verfasser ganz irrig daran, wenn er glaubt, daß der Erblasser nach den §§. 790 u. 792 d. b. G. B. noch über sein Leben hinaus über die anrechnungsfähigen Gaben, der Substanz nach verfügen könne. Der §. 790 bestimmt nur, daß die Anrechnung in den Erbtheil nur dann Statt finde, wenn sie der Erblasser ausdrücklich verordne, und in dem §. 792 heißt es nur, daß die Aeltern einem Kinde die Anrechnung auch bey der gesetzlichen Erbfolge erlassen können; dieses heißt aber nur so viel, als, die Aeltern können stillschweigend oder ausdrücklich von dem ihnen gesetzlich zustehenden Rechte der Abrechnung abstehen. Darin liegt durchaus kein Dispositions-Recht über die Vorempfänge. Wer würde wohl behaupten, daß der Schuldner, welcher bereits früher an seiner Schuld pr. 6000 fl. 4000 fl. gezahlt hat, nachträglich noch die vollen 6000 fl. mit der Erklärung, daß er die bereits gezahlten 4000 fl. nicht abrechnen wolle, bezahlte, über diese 4000 fl. disponirt habe? Er hat ja nur das Abrechnungsrecht aufgegeben und nachträglich dem Gläubiger 4000 fl. geschenkt, indem er ihm nur 2000 fl. zu zahlen schuldig war. Wenn dem Erblasser das Recht der Disposition mit den Vorschüssen zustände, so müßte er berechtiget seyn, dieselben einem Anderen, als dem gegenwärtigen Besitzer zu verschaffen, was gewiß der Herr Verfasser selbst nicht glauben wird, weil es ja nirgends vorkommt, daß dem Betheilten

die Vorempfänge wieder entzogen werden können, ja vielmehr nach §. 1229 d. b. G. B. das erhaltene Heirathsgut ein Eigenthum der Ehegattin wird, und das Zurückfallen desselben ausdrücklich bedungen werden müßte.

In drittens, Seite 110, will der Herr Verfasser aus dem im §. 787 des b. G. B. vorkommenden Bestimmungsworte: „wirklich" — das er mit: „eigentlich" als gleichbedeutend nimmt — erweisen, daß die Erben die anrechnungspflichtigen Gaben — uneigentlich — auch aus der Verlassenschaft erhalten. Allein mir scheint dieser Schluß nur erzwungen, und ich kann mich durchaus nicht entschließen, dem Worte: „wirklich," hier den ihm vom Herrn Verfasser beygelegten Sinn zu unterlegen, mir scheint vielmehr das Nebenwort: „wirklich" mit dem Wörtchen: „schon" identisch zu seyn. Es spricht nämlich hier der Gesetzgeber von den Notherben, welche aus der Verlassenschaft den gesetzlichen Antheil erhalten müssen; nun können sie ihren Antheil aus der Verlassesmasse nach dem §. 787 des b. G. B. als Erben nur insoweit ansprechen, als sie denselben nicht schon durch Legate oder andere letztwillige Verfügungen des Erblassers aus der Verlassesmasse erhalten.

Es ist schon zu erstens und zweytens gezeigt worden, daß die anrechnungsbaren Gaben der §§. 788 und 789 d. b. G. B. nicht mehr ein Eigenthum des Erblassers seyen, daß sie folglich zum Verlasse nicht gehören; was aber nicht in dem Verlasse begriffen ist, kann man aus demselben weder eigentlich noch uneigentlich erhalten.

Was der Herr Verfasser zu viertens durch die Citation des §. 671 des b. G. B. erweisen will, ist nicht zu begreifen; doch etwa nicht, daß es noch andere Gaben, und namentlich solche gebe, die als mit der Verlassenschaft noch vereint gedacht werden müßten, die in dem §. 787 nicht enthalten sind? Dieser §. 671 verordnet, daß das von den Aeltern den Töchtern vermachte Heirathsgut, wenn es nicht ausdrücklich als ein Vorvermächtniß erklärt wurde, in den Erbtheil eingerechnet werden soll. Dieser Paragraph enthält jedoch offenbar nichts von dem §. 787

des b. G. B. Verschiedenes. Die Vermächtnisse müssen ja aus der Verlassesmasse ausgezahlt werden, sind demnach gewiß in der Masse enthalten, wie könnte man dadurch beweisen, daß gesetzlich bestimmt sey, es gehöre etwas zur Verlassenschaft, was nicht mehr Eigenthum des Erblassers war?

Daß der §. 793 des b. G. B. die Zutragung des Vorempfanges stillschweigend anordne, wie der Herr Verfasser ad fünftens erweisen will, ist ebenfalls nicht richtig. Dieser Paragraph verordnet nur, daß bey der gesetzlichen Erbfolge der Kinder die zur Lebenszeit der Aeltern gar nicht oder nur geringer betheilten Kinder schon vor der Theilung aus der Verlassesmasse einen gleichen Antheil mit dem am meist Betheilten erhalten sollen. Was folgt daraus? — Doch gewiß nicht, daß die schon betheilten Kinder conferiren sollen? Dann wäre der Zusatz: „Ist die Verlassenschaft hierzu nicht hinreichend; so kann zwar das früher begünstigte Kind keinen Erbtheil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung angehalten werden," ganz überflüssig; denn wäre die Conferirung angeordnet, so müßte die Verlassesmasse immer zureichen. Ich ersehe aus dem §. 793 des b. G. B. gerade das Gegentheil dessen, was der Herr Verfasser daraus ableiten will; ich finde nämlich, daß nur jenes, was wirklich sich in dem Verlaßvermögen befindet, ein Gegenstand der Abhandlung und der Vertheilung sey, und daß dieser Paragraph nichts anderes, als eine eigene Art der Anrechnung, eigentlich eine Ausgleichung enthalte, denn es heißt: Ist die Verlassenschaft nicht hinreichend. Was versteht der Gesetzgeber hier unter Verlassenschaft? Gewiß nur das inventirte Vermögen, denn im Zusammenhange kann nur von diesem behauptet werden, es sey hinreichend oder nicht,

Zu sechstens glaubt der Herr Verfasser, man hätte noch nie ein Bedenken erhoben, die Gaben des §. 758 des b. G. B. in dem Inventare erscheinen zu lassen, deßwegen glaubt er, könnte es auch nicht gefehlt seyn, auch die Gaben der §§. 788 und 789 des b. G. B. in das Inventar aufzunehmen.

Man lese den §. 758, und man wird bald finden, daß der Schluß ganz und gar unrichtig sey. Der §. 758 des b. G. B. spricht von der Einrechnung jener Beträge, welche dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des Anderen zukommen, nicht aber von jenen, welche schon zur Zeit des Absterbens des Erblassers bereits dem überlebenden Ehegatten gehörten. Daß dieses, was der überlebende Ehegatte erst aus dem Vermögen des Verstorbenen bekommt, in das Inventar aufgenommen werden muß, versteht sich von selbst, denn dieses Vermögen befindet sich ja in dem Verlasse, und der überlebende Ehetheil hat ja nur Forderungen an den Verlaß zu stellen; hingegen aber sind die Gaben der §§. 788 und 789 d. b. G. B. kein Eigenthum des Erblassers, sondern der bereits Betheilten, und befinden sich nicht mehr in dem Verlasse.

Auch die Berufung auf den §. 951 d. b. G. B. vermag den aufgestellten Satz nicht zu beweisen. Es ist zwar wahr, daß man zur Ausmittlung des durch frühere Schenkungen verkürzten Pflichttheiles auf das zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesene und auf das im Verlasse vorhandene Vermögen Rücksicht nehmen müsse; allein wer wird deßwegen behaupten wollen, daß das zu Lebzeiten verschenkte Vermögen in das Inventar, oder in den Vermögensausweis aufgenommen werden müßte!

Es wird allerdings nur das zur Zeit des Todes vorhandene Vermögen ein Gegenstand der Abhandlung seyn, glauben aber die Notherben durch die Schenkung in ihrem Pflichttheile beeinträchtiget zu seyn, so steht es ihnen frey, von dem Geschenknehmer den Abgang an dem Pflichttheile im Rechtswege zu fordern; und gesetzt auch, der Geschenknehmer würde verurtheilt, diesen Abgang in die Verlassesmasse hineinzuzahlen, so würde daraus nur erhellen, daß die Schenkung in Bezug dieses Betrages nach §. 951 ungültig sey, und daß der Geschenknehmer nur einen zum Verlasse schuldigen Betrag, den er ohne rechtlichen Grund inne hatte, bezahle. Ob und inwiefern aber der §. 951 auch gegen die Kinder des Erblassers wirksam sey, wird im Verfolge dieser Abhandlung gezeigt werden.

Daß es aber, wie der Herr Verfasser unter **achtens** anführte, schon der Begriff von An- oder Einrechnung mit sich bringe, daß das Einzurechnende für einen Bestandtheil dessen, worin es an- oder eingerechnet wird, angesehen werde, will ich ihm zwar zugeben, jedoch wird er ganz irrig daran seyn, wenn er dafür hält, daß deßwegen das Einzurechnende einen Theil der Masse ausmache, und daher zu derselben conferirt werden müßte. Er nennt ja diese Gaben selbst Vorschüsse, also Vorauszahlungen, und es kann daher die Anrechnung schon dem Begriffe nach nur darin bestehen, daß das schon Empfangene von dem Pflichttheile in Abrechnung gebracht werde. Mit der geschehenen Abrechnung ist aber die Anrechnung auch schon vollbracht; denn der Herr Verfasser gibt Seite 154 ja selbst an, daß die Anrechnung darin bestehe, **daß man dem Betheilten um eben den empfangenen Betrag weniger zuzutheilen habe.** Wenn, wie es auch nach dem Sprachgebrauche seine Richtigkeit hat, die Anrechnung nur in diesem Abziehen besteht, die Gesetzes-Paragraphe aber immer nur von einer Anrechnung sprechen, wie kann man dann behaupten, daß man selbe mit der Conferirung verbinden müsse, während dem er Seite 164 selbst behauptet, es komme in dem Gesetze nirgends von einem Conferire, sondern nur von einem Imputare vor.

Da der Herr Verfasser Seite 155 selbst angibt, daß die erste Anrechnungsart nur dann die richtige seyn könne, wenn es sich nach dem Gesetze vertheidigen lasse, daß die anrechnungsfähigen Gaben der §§. 788 und 789 als Theile der Verlassenschaft angesehen werden können, daß man auch diese Anrechnungsart auf andere Weise nicht zu rechtfertigen vermöge; da ferner aus den von ihm angeführten acht Gründen kein einziger diese Zutragung zu erweisen vermag, ja vielmehr dieselbe der gesetzlichen Begriffsbestimmung einer Verlassenschaft gerade entgegensteht: so kann die von ihm vertheidigte Anrechnungsmethode durchaus nicht die richtige seyn. Indessen aber ist es sehr leicht, jene Einwendungen zu widerlegen, welche der Herr

Verfasser gegen die von mir vertheidigte, sogenannte sechste Anrechnungsart rege gemacht hat, was in dem zweyten Theile dieser Abhandlung nachgewiesen werden soll.

II. Absatz.

Widerlegung der gegen die sechste Anrechnungsart vom Herrn Dr. Czaba erhobenen Einwendungen.

Nach der in dem July-Hefte 1835 erörterten Anrechnungsart wurde die Formel der Anrechnung $\frac{M}{2n} - P$ aufgestellt, und diese Formel hat sich aus dem Begriffe der Anrechnung nach dem Sprachgebrauche, und selbst nach dem Sinne des Gesetzes in jenen Stellen, wo von einer Anrechnung die Rede ist, entwickelt, ich habe mich bey der Deduction nicht bloß auf die §§. 765, 766 und 788, als die Hauptgesetze berufen, sondern ich habe die gesetzliche Nothwendigkeit, daß nur nach dieser Formel angerechnet werden könne, dargethan; es kann daher mich der vom Herrn Dr. Czaba dem Herrn Dr. Wessely, Seite 69 gemachte Anwurf des nicht erwiesenen Satzes nicht treffen.

Wenn die im July-Hefte 1835 aufgestellte Anrechnungsart unrichtig seyn soll, so muß die aufgestellte Formel $\frac{M}{2n} - P$ in irgend einem Theile falsch seyn: Daß man den Intestat-Erbtheil finde, wenn man die ganze Verlassesmasse mit der Anzahl der Erben dividire, kann unmöglich bestritten werden, und vorausgesetzt, es wäre M richtig die ganze Verlassesmasse, so ist es eine mathematische Wahrheit, daß $\frac{M}{n}$ der gesetzliche Erbtheil eines jeden Erben sey; da aber der Pflichttheil in absteigender Linie die Hälfte, und in aufsteigender Linie ein Drittheil des gesetzlichen Erbtheiles ist, — §§. 765 und 766 des b. G. B., — so ist es auch mathematisch richtig, daß unter obiger Voraussetzung: M sey die richtige Masse,

$\left(\frac{M}{n}\right) : 2 = \frac{M}{2n}$ der Pflichttheil der Descendenten und

$\left(\frac{M}{n}\right) : 3 = \frac{M}{3n}$ der Pflichttheil der Ascendenten sey.

Es ist ferner eine selbst von dem Herrn Verfasser zugegebene Wahrheit, daß die Einrechnung dadurch geschehe, daß der Vorempfang von dem richtig ausgemessenen Pflichttheile in Abzug gebracht werden müsse, mithin wäre es abermahls mathematisch gewiß, daß unter obiger Voraussetzung $\frac{M}{2n} - P$ die Pflichttheils-Ergänzung sey. Aber auch in dem Dividendus M kann kein Fehler liegen, denn wir verstehen unter M nicht mehr und nicht weniger, als alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, insofern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind. Es ist also die Formel: $\frac{M}{2n} - P$ unbestreitbar richtig.

Nun wären die ferneren Inhaltsschwierigkeiten, mit welchen nach der Meinung des Herrn Verfassers Seite 70 diese neueste Anrechnungsart zu kämpfen haben sollte, und die er glücklicher Weise in Anregung gebracht hat, zu untersuchen:

1.) Werde bey dieser Methode ganz kurz das wirklich vorhandene Verlassenschaftsvermögen nach Anweisung des dreyzehnten Hauptstückes unter die vorhandenen Kinder vertheilt, während dem doch Herr Professor Wagner bey der Ausmittlung des gesetzlichen Erbtheiles zuerst die Ausgleichung nach §. 793 des b. G. B. vornehme. Eine von diesen beyden Verfahrungsarten müsse unrichtig seyn.

Allerdings muß eine Art der Ausmittlung des gesetzlichen Erbtheiles, um daraus den Pflichttheil abzuleiten, gesetzwidrig seyn. Es ist aber schon im July-Hefte hinreichend bewiesen worden, daß der §. 793 des b. G. B. auf die Ausmittlung des Pflichttheiles gar keinen Einfluß habe, daß es daher nicht gesetzmäßig sey, den Pflichttheil aus dem

§. 793 zu bestimmen [1]); deßwegen erachte ich, zur Entkräftung dieser Einwendung nichts weiter anführen zu dürfen. Eben so ist in obiger Abhandlung zur Genüge dargethan, daß der ganze Vorempfang in den Pflichttheil eingerechnet werden müsse, und daß eben deßwegen die Anrechnung nach dem §. 793 des b. G. B., nach welcher nur die Hälfte in Anrechnung kommt, ungesetzmäßig sey [2]).

2.) Die von dem Herrn Verfasser Seite 72 aufgeworfene, und, wie er meint, gar nicht weit hergeholte Frage: Wie es mit dem Pflichttheile der Notherben C und D dann aussehen möchte, wenn der Erblasser die sämmtlichen bar vorhanden gewesenen 12,000 fl. noch am Todtenbette zur Bezahlung der von seinem zwar großjährigen, aber liederlichen Wüstlinge B auf die verantwortlichste Art sich zugezogenen Schulden verwendet hätte? — möchte ich ihm selbst zur Auflösung nach der von ihm vertheidigten Anrechnungsmethode vorlegen, oder wir wollen lieber selbst das Resultat aufsuchen, welches für diesen Fall aus der ersten Anrechnungsmethode ausfällt. Es sey daher M = o, der Vorempfang des A = P = 3000 fl., der Vorempfang des B = Q = 12,000 fl., n = 4, so ist $\frac{o + P + q}{n}$ die Erbschaft eines jeden, und der Pflichttheil

$\frac{o + P + q}{2n}$, oder $\frac{o + 3000 + 12{,}000 \text{ fl.}}{4}$ der Erbtheil,

und $\frac{o + 3000 + 12{,}000 \text{ fl.}}{8}$ der Pflichttheil; hier zeigt sich

richtig ein Vermögen von 15,000 fl., da aber nach §. 793 d. b. G. B. der voraus Betheilte zur Ergänzung des gesetzlichen Erbtheiles nichts zu restituiren hat, so behält

A seine	3000 fl.
und B seine	12,000 »
zusammen . . .	15,000 fl.

[1]) Siehe Heft VII., vom July 1835 S. 31 et sequentes

[2]) Siehe Heft VII., vom July 1835 S. 34.

und der gesetzliche Erbtheil des C und D ist = o. Nach unserer Anrechnungsmethode ist hier M = o, folglich $\frac{o}{n}$ der Erbtheil, und $\frac{o}{2n}$ der Pflichttheil, folglich jeder = o, und der C und D bekommen nach beyden Anrechnungsarten gleichviel, nämlich o.

Das gleiche Resultat wird auch die zweyte, dritte, vierte und fünfte Anrechnungsart liefern. Das will nun dem Herrn Verfasser durchaus nicht eingehen, und doch kann es aus dem Grundsatze: „Aus nichts wird nichts," gar nicht anders seyn. Dem Herrn Verfasser wird bey der Aufstellung dieses Falles eine ganz andere Idee vorgeschwebt seyn, die er sich aber zu wenig beleuchtet hat, nämlich: es wird ihm vorgekommen seyn, daß es denn doch nach unseren Gesetzen nicht angehen könne, daß die Aeltern einem Kinde das ganze Vermögen, oder den größten Theil desselben zuwenden, und daß sich die übrigen Kinder damit begnügen müßten, wenn sie nicht einmahl den Pflichttheil, oder wohl gar nichts erhalten. Der Herr Verfasser hat hier ein sehr unpassendes Beyspiel gesetzt, denn wenn der Vater die bar vorhandenen 12,000 fl. zur Zahlung der Schulden seines Sohnes verwendet hat, so wird in der Sache nicht viel zu machen seyn, obgleich auch ich recht gern den C und D in Schutz nehmen möchte; denn in dem Verlasse ist nichts mehr vorhanden, weil M = o ist, B hat diese 12,000 fl. nicht, denn sie wurden seinen Gläubigern ausgezahlt; nach welchem Gesetze aber diese schuldig seyn sollten, die erhaltenen 12,000 fl., oder wenigstens den größten Theil in die Masse zurückzuzahlen, vorausgesetzt, daß sie richtig zu fordern hatten, ist mir nicht bekannt, und so weiß ich richtig kein Mittel, wodurch den C und D geholfen werden könnte, eben so wenig, als wenn der Vater selbst vor seinem Tode liederlich geworden wäre, und sein ganzes Vermögen durch Schuldenmachen verschleudert hätte.

Hätte der Herr Verfasser aber das Beyspiel beyläufig so gesetzt: Der Vater habe, nachdem er schon früher der A ein

Heirathsgut pr. 3000 fl. gegeben hatte, dem Sohne B mit den noch bar vorhandenen 12,000 fl. auf seinem Todtenbette ein Gewerbe gekauft, und es sey außer diesen 12,000 fl. nichts vorhanden gewesen, so wäre freylich M = o, und C und D könnten aus der Masse weder einen Erb= noch Pflichttheil erhalten; deßwegen darf aber der Herr Verfasser nicht glauben, daß wir es dabey bewenden lassen, und der C und D völlig leer ausgehen müssen; wir werden jetzt zum §. 951 des b. G. B. unsere Zuflucht nehmen, und den zwey durchgefallenen Kindern aus demselben ihren Pflichttheil verschaffen.

Wir wollen also hier die Frage zu beantworten suchen, ob und in wie weit der §. 951 des b. G. B. auch auf die Notherben, als vorhinein Betheilte, wirke?

Die Gaben des §. 788 sind von zweyerley Natur, entweder solche, worauf den Kindern ein Klagerecht zusteht, oder solche, worauf sie kein Klagerecht haben. Zu den ersteren gehören nur das Heirathsgut der Tochter oder Enkelin, und die Ausstattung des Sohnes oder Enkels; zu den letzteren die Gabe zum unmittelbaren Antritte eines Amtes oder Gewerbes, und der zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendete Betrag. Von dieser letzteren Art sind auch die nach §. 789 des b. G. B. an die Aeltern geleisteten Vorschüsse.

Bekanntlich spricht der §. 951 des b. G. B. nur von wirklichen Schenkungen, und verordnet: „Wer zur Zeit der Schenkung Abstämmlinge hat, denen er einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist, kann zu ihrem Nachtheile keine Schenkung machen, welche die Hälfte seines Vermögens übersteigt. Hat er dieses Maß überschritten, und können diese Abstämmlinge nach seinem Tode beweisen, daß sein reiner Nachlaß den Betrag der Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabten Vermögens nicht erreiche; so können sie von dem Beschenkten das gesetzwidrig empfangene Uebermaß verhältnißmäßig zurückfordern."

Dieser Paragraph spricht ganz allgemein, es kann daher der Beschenkte nicht nur allein ein Fremder, sondern auch ein

Abstämmling des Geschenkgebers selbst seyn, und es wird den übrigen Abstämmlingen bey eintretendem Falle gegen ihn eben so, wie gegen jeden Dritten das Zurückforderungsrecht zustehen; nur müssen hier die gehörigen Gränzlinien gezogen werden, damit man hierbey nicht gegen andere gesetzliche Anordnungen verstoßt.

Man wird mir zwar gleich den §. 793 des b. G. B. einwenden, nach welchem, wenn die Verlassesmasse zu der dort angeordneten Ausgleichung nicht zureicht, die im Voraus Betheilten zwar keinen Erbtheil anzusprechen, aber auch keinen Rückersatz zu leisten haben.

Ich habe schon in meinem früheren Aufsatze[1]) bewiesen, daß der §. 793 des b. G. B. weder zur Ausmittlung des Pflichttheiles, noch zur Anrechnung in denselben angewendet werden könne, worauf sich hier insbesondere berufen wird. Es hat aber auch der Nachsatz: „Ist aber die Verlassenschaft hierzu nicht hinreichend; so kann zwar das früher begünstigte Kind keinen Erbtheil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung angehalten werden," nur auf den gesetzlichen Erbtheil, keineswegs aber auf den Pflichttheil Bezug; denn:

a) Spricht der ganze Paragraph nur von der gesetzlichen Erbfolge und von dem gesetzlichen Erbtheile unter Kindern, derselbe hat daher im Ganzen auf den Pflichttheil keine Anwendung, folglich kann sich auch der Nachsatz nur auf den gesetzlichen Erbtheil, und nicht auf den Pflichttheil beziehen; daher findet ein Rückersatz zwar damahls nicht Platz, wenn die übrigen Kinder durch die frühere Betheilung in ihrem gesetzlichen Erbtheile verkürzt werden, es folgt aber daraus nicht, daß auch dann kein Rückersatz Statt finde, wenn dadurch die übrigen Notherben in ihrem Pflichttheile beeinträchtiget werden.

b) Angenommen, es sollte sich dieser Nachsatz des §. 793 des b. G. B. auch auf den Pflichttheil beziehen; so würde

---

[1]) Heft VII., vom July 1835, Seite 11 et sequentes.

folgen, daß ein früher betheiligtes Kind auch damahls nichts zurück zu ersetzen hätte, wenn den übrigen Kindern dadurch selbst ihr gesetzlich bestimmter Pflichttheil verletzt würde; allein dann stände

c) dieser Nachsatz mit dem §. 762 des b. G. B im geraden Widerspruche, und würde diesen Paragraph wenigstens für den gegebenen Fall aufheben; denn wenn die Aeltern nur Eines ihrer Kinder begünstigen, die übrigen aber factisch, obgleich ohne Vorhandenseyn eines rechtlichen Grundes enterben wollten, dürften sie nur ihr ganzes Vermögen unter dem Titel einer anrechenbaren Gabe noch bey Lebzeiten dem begünstigten Kinde abtreten, die Einrechnungspflichtigkeit würde diesen nicht beirren, da er sich im Besitze des ganzen Vermögens befindet, und nach dem Gesetze nichts herauszugeben verbunden wäre. Eine Gesetzes-Auslegung aber, wodurch ein anderes coordinirtes Gesetz unwirksam gemacht, und factisch aufgehoben wird, kann unmöglich richtig seyn; wohingegen

d) wenn man diesen Nachsatz nur auf den gesetzlichen Erbtheil allein bezieht, derselbe mit allen übrigen gesetzlichen Anordnungen, und selbst mit dem Geiste des Gesetzes im klarsten Einklange steht. Denn die Aeltern sind allerdings berechtiget, ein Kind vor den übrigen zu begünstigen, nur darf diese Begünstigung nicht so weit gehen, daß die übrigen Kinder an ihrem Pflichttheile leiden; deßwegen können die Aeltern den Kindern nach §. 792 des b. G. B. auch die Anrechnung bey der gesetzlichen Erbfolge erlassen. Haben nun die Aeltern einem Kinde eine so große Vorhülfe gegeben, daß ihr Nachlaß zur Ausgleichung nach §. 793 des b. G. B. nicht zureicht, so ist zu vermuthen, daß die Aeltern dieses Kind haben begünstigen wollen, und diese Vermuthung ist eben in der obigen Gesetzes-Anordnung ausgesprochen; allein diese Vermuthung der Begünstigung kann über die gesetzliche Möglichkeit nicht hinausgehen, darf daher den §. 762 des b. G. B. weder aufheben, noch beschränken. Endlich

e) würde die Anwendung dieses Nachsatzes auf den Pflicht-

theil auch den §. 951 des b. G. B. einschränken, indem dann derselbe bey beschenkten Notherben unanwendbar wäre; eine solche Beschränkung liegt aber weder in dem Texte, noch in dem Geiste des §. 951. Sie liegt nicht in dem Texte, denn der Paragraph spricht allgemein, die Aeltern dürfen zum Nachtheile der Abstämmlinge über die Hälfte ihres Vermögens nicht verschenken, ohne allem Unterschiede, wer immer der Beschenkte sey; sie liegt aber auch nicht in dem Geiste dieser gesetzlichen Anordnung, weil der Zweck derselben die Sicherung des Pflichttheiles der Abstämmlinge ist. Jedem Abstämmlinge steht das Recht auf den Pflichttheil nach dem Gesetze zu, dieses sein Recht wird aber vereitelt, wenn es den Aeltern erlaubt ist, ihr ganzes Vermögen, oder den größten Theil desselben Einem Kinde zu schenken; ja man dürfte annehmen, daß gerade die Beschenkungen der Kinder und Ehegatten zum Nachtheile der übrigen Kinder die häufigsten seyen, und daß gerade in Betreff dieser Beschenkten der §. 951 des b. G. B die wichtigste Anwendung finde.

Da es somit bis zur Evidenz erwiesen vorliegt, daß der Nachsatz des §. 793 des b. G. B. auf den Pflichttheil keine Anwendung finde, so hat man sich dießfalls nur an den §. 951 allein zu halten, nach welchem der Rückersatzanspruch allerdings Statt findet.

Dieser Rückersatzanspruch unterscheidet sich aber wesentlich vor der Anrechnung in den Pflichttheil und in den gesetzlichen Erbtheil; denn damit gegen einen Notherben dieser Ersatzesanspruch geltend gemacht werden kann, muß erwiesen seyn, daß die Vorempfänge Schenkungen sind, daß alle Schenkungen zusammen die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesenen Vermögens übersteigen, und daß die nicht oder nicht hinlänglich Betheilten an ihrem gesetzlichen Pflichttheile verkürzt worden seyen; dagegen findet die Einrechnung nur so lange Statt, bis der ausfallende gesetzliche Erbtheil dem Vorempfange gleichkommt, dann tritt schon die Begünstigung des Nachsatzes des §. 793 des b. G. B. ein, und diese geht

so weit, bis das den übrigen Notherben aus dem §. 951 zustehende Recht in Wirksamkeit tritt.

Damit aber auch selbst da noch der §. 951 des b. G. B. Anwendung finde, muß erwiesen seyn, daß der Vorempfang, oder sein Werth sich noch in Handen des Betheilten befinde, oder daß er denselben unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen habe (§. 952 des b. G. B.).

Ist der Vorempfang einer Tochter oder einer Enkelin als Heirathsgut, einem Sohne oder Enkel zur Ausstattung gegeben worden, so muß vor Allem untersucht werden, ob der Fall eingetreten sey, daß die Aeltern nach §. 1220 des b. G. B. ein Heirathsgut, und nach §. 1231 des b. G. B. eine Ausstattung zu geben schuldig waren; trat diese Verbindlichkeit nicht ein, so war von Seite der Aeltern keine Verpflichtung vorhanden, und es sind diese Gaben als Schenkungen anzusehen, denn der Vertrag, wodurch Jemandem eine Sache unentgeltlich und ohne rechtlicher Verbindlichkeit eigenthümlich überlassen wird, heißt nach §. 938 d. b. G. B. eine Schenkung.

Waren die Aeltern aber schuldig, ein Heirathsgut oder eine Ausstattung nach §. 1220 und 1231 des b. G. B. zu geben, so muß weiter untersucht werden, ob dieses Heirathsgut und diese Ausstattung dem Betrage nach der rechtlich bestehenden Verpflichtung gleichkommt, oder diese übersteigt.

Der §. 1220 und der §. 1231 des b. G. B., welcher letztere sich auf den ersteren bezieht, bestimmen, daß die Aeltern schuldig seyen, ihren Töchtern oder Enkelinnen ein Heirathsgut, und den Söhnen oder Enkeln eine Ausstattung zu geben, welche ihrem Stande und ihrem Vermögen angemessen sind. Hieraus läßt sich bestimmen, wie weit diese Verbindlichkeit dem Betrage nach reicht, und es kann nach meiner Meinung der höchste Betrag der schuldigen Leistung den gesetzlichen Pflichttheil nicht übersteigen; denn, wenn die Aeltern den Kindern nicht mehr als den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig sind, so kann auch ihre Verbindlichkeit zur Vorhülfe nicht weiter reichen, und zwar aus dem Grunde, weil jedes Kind eine solche Vor-

hülfe verlangen könnte, wornach den Aeltern ohnehin nicht mehr als die Hälfte ihres Vermögens verbleiben würde, worüber sie sogar auf den Todesfall, und um so mehr unter Lebenden frey zu verfügen berechtiget sind. Daher sind Heirathsgut und Ausstattung, insoweit sie den gesetzlichen Pflichttheil übersteigen, als Schenkungen zu betrachten, weil für dieses Uebermaß eine gesetzliche Verpflichtung nicht bestehen kann, und es tritt nach §. 916 des b. G. B. hier ein Scheingeschäft ein, weil in Betreff des Ueberschusses die Verpflichtung zur Leistung aufhört, und die unentgeltliche Leistung eintritt.

Man könnte zwar einwenden, daß der Besitzestitel doch immer der nämliche bleibe, und daß ich hier ganz willkürlich denselben trenne. Allein diese Trennung liegt in der Natur der Sache, denn nur insoweit den Betheilten ein Klagerecht zustände, können sie Heirathsgut und Ausstattung ex titulo debiti besitzen, den Ueberschuß besitzen sie ex titulo donationis. Diese Trennung des Titels ist auch in dem §. 942 des b. G. B. und in dem §. 19 lit. c a. G. O. gerechtfertiget, denn nach dem ersteren kann Jemand eine Sache zum Theile aus dem Titel einer schuldigen Leistung, zum Theile aus dem Titel des Geschenkes besitzen, und nach dem letzteren wird die Widerlage nur in dem das Heirathsgut nicht übersteigenden Betrage als solche, in dem Ueberreste aber als eine Schenkung behandelt.

Mit Ausnahme dieser beyden Gaben sind die in den §§. 788 und 789 des b. G. B. aufgeführten Vorempfänge als reine Schenkungen zu betrachten, weil zur Leistung derselben von Seite der nachherigen Erblasser keine rechtliche Verpflichtung obwaltet.

Da der §. 951 des b. G. B. nur rücksichtlich der Schenkungen allein Anwendung findet, und da nachgewiesen seyn muß, daß mehr als die Hälfte des vorhanden gewesenen Vermögens verschenkt worden sey; so folgt, daß das Heirathsgut und die Ausstattung in dem der gesetzlichen Verbindlichkeit nachkommenden Betrage niemahls in Einrechnung gebracht

werden dürfen, denn die Entrichtung dieser Gaben in dem gesetzlich bestimmten Maße ist der Zahlung einer Schuld gleich zu achten, da die Verbindlichkeit zur Leistung gesetzlich bestimmt ist.

Ob aber übrigens die Vermögenshälfte durch Eine oder durch mehrere Schenkungen zusammen überschritten wurde, ist ganz gleichgültig; ist aber die Vermögenshälfte durch mehrere Schenkungen überschritten worden, so kommt es darauf an, ob sie Alle in Einem Acte begriffen waren, oder ob sie aufeinander gefolgt sind. In dem letzten Falle bleiben alle jene Geschenknehmer außer der Rückersatzesverbindlichkeit, bey deren Betheilungen die Vermögenshälfte nicht überschritten worden ist, der Geschenknehmer aber, bey welchem dieses gesetzliche Maß überschritten wurde, concurrirt mit den nachherigen Geschenknehmern nur verhältnißmäßig nach diesem Uebermaße. Sind aber Alle in Einem Acte beschenkt worden, so tragen sie auch Alle nach Verhältniß ihrer Geschenke zum Rückersatze bey. Ob aber die Geschenknehmer Fremde, der Ehegatte oder Notherben waren, ist ganz gleichgültig.

Der A habe im Jahre 1830 ein Vermögen von 20,000 fl. besessen und habe damahls vier Kinder gehabt. Er habe am 1. Jänner 1830 der Tochter B ein Heirathsgut pr. 6000 fl. gegeben, der er aber nach seinem Vermögensstande nur höchstens 2500 fl. zu geben verpflichtet war; er hat ihr daher geschenkt . . . . 3500 fl.,
zu gleicher Zeit habe er dem Sohne C eine Ausstattung pr. 3000 fl. zugezählt, folglich auch ihm geschenkt . . . . 500 fl.,
seiner Ehegattinn gab er zur beliebigen Verwendung 3000 fl.,
und dem Sohne D habe er am 1. März 1830 ein Gewerb gekauft um . . . . 7000 fl.,

er hat daher verschenkt . . . . . . 14,000 fl.

Er hat also von seinem Vermögen pr. 20,000 fl. aus der gesetzlichen Verbindlichkeit 5000 fl. bezahlt, hatte folglich noch

15,000 fl.; hiervon hat er verschenkt 14,000 fl., es bleiben daher nach seinem Absterben nur noch 1000 fl. für die Tochter E übrig. Hätte er von seinem Vermögen nichts verschenkt, so würde er 15,000 fl. hinterlassen haben; hiervon beträgt nun ihr Pflichttheil 1875 fl., und sie ist über Abzug der vorhandenen 1000 fl. in ihrem Pflichttheile um 875 fl. beeinträchtiget, welche ihr der letzte Geschenknehmer, bey welchem das gesetzliche Maß überstiegen wurde, zu ersetzen hat. Hätte aber der Vater mit diesen 7000 fl. die Schulden des Sohnes D gezahlt, so würde dieser ihr nach §. 952 des b. G. B. keinen Ersatz leisten dürfen, weil er weder in dem Besitze der 7000 fl. selbst, noch ihres Werthes ist.

Wären aber alle diese Schenkungen in Einem Acte gemacht worden, so würden alle Geschenknehmer verhältnißmäßig den Ersatz leisten, und es hätte

die Tochter B beyzutragen . . .	218	fl. 45	kr.
der Sohn C	31	» 15	»
die Ehegattinn	187	» 30	»
der Sohn D	437	» 30	»
zusammen . .	875	fl. —	—

Hätte nun zum Beyspiele der Vater seiner Tochter A von seinem Vermögen pr. 15,000 fl. zuerst ein Heirathsgut gegeben von 3000 fl., so hat er ihr davon, beym Vorhandenseyn von vier Kindern . . . . 1125 fl.
geschenkt, und da er nachträglich die noch vorhanden gewesenen . . . . 12,000 »
seinem Sohne B gegeben hat, so hat er an seinem Vermögen verschenkt . . . . . . 13,125 fl.;
denn 1875 fl. hat er der Tochter als Schuldigkeit gezahlt, es beträgt daher der Pflichttheil des C und D für jeden 1640 fl. 37²/₄ kr., zusammen 3281 fl. 15 kr., welche ihnen der Sohn B, als der zuletzt Beschenkte, ersetzen muß.

Man könnte fragen, warum der Pflichttheil des C und D nicht aus dem Vermögen von 15,000 fl., sondern nur von dem Vermögen pr. 13,125 fl. berechnet werde?

Hierauf antworte ich, weil der Vater der Tochter ein Heirathsgut zu geben schuldig war, und daher dadurch, daß er ihr dasselbe in einem, dem damahls ausfallenden Pflichttheile gleichkommenden Betrage zuzählte, nur eine gesetzlich bestehende Schuld bezahlte, welche sein Eigenthum verminderte, er hatte daher zur Zeit der gemachten Schenkung nicht mehr 15,000 fl. sondern nur 13,125 fl.; der Pflichttheil kann aber nur aus dem zu Lebzeiten über die Hälfte verschenkten, und dem noch in dem Verlasse vorhandenen Vermögen berechnet werden.

Man wird aber wieder einwenden: dann bekomme die Tochter A einen größeren Pflichttheil, als C und D, da der ersteren 1875 fl. als pflichtmäßiges Heirathsgut zugemessen seyen. Allein die Tochter A bekommt das Heirathsgut nicht als Pflichttheil, sondern aus einem andern im Gesetze aufgeführten Titel, und es muß nur angenommen werden, um doch einen Maßstab zur Ausmessung eines Heirathsgutes zu haben, daß die Aeltern wenigstens nicht mehr als Heirathsgut zu geben schuldig seyen, als der gesetzliche Pflichttheil betragen hätte. Daß damahls noch das Vermögen größer war, ist ein nur für die Tochter A günstiger Zufall. Wie wäre es dann, wenn der Vater durch ungünstige Ereignisse sein ganzes noch übriges Vermögen verloren hätte, dann würden die übrigen Kinder gar nichts bekommen; sollte daraus folgen, daß auch die Tochter A damahls, als der Vater noch wohlhabend war, kein Heirathsgut zu verlangen berechtiget gewesen wäre?

Ferner könnte man einwenden, daß diese Verfahrungsart mit der vertheidigten Anrechnungsmethode nicht übereinstimme, indem hier die Gaben der §§. 788 und 789 des b. G. B., insoweit sie nicht in einer gesetzlichen Verbindlichkeit zur Leistung gegründet seyen, bey Bestimmung — Ausmessung — des Pflichttheiles hinzugerechnet werden, während dem bey der Anrechnung in den Pflichttheil dieselben außer Veranschlagung bleiben?

Entweder haben die Aeltern weniger als die Hälfte, oder

gerade die Hälfte, oder mehr als die Hälfte verschenkt. In den zwey ersten Fällen tritt der §. 951 des b. G. B. nicht ein, es ist also so viel, als wenn keine Schenkung gemacht worden wäre; denn die Aeltern hatten das Recht, die Hälfte eben so gut zu verschenken, als sie auf eine andere Art zu verbrauchen, und die Kinder haben kein Recht, sich zu beschweren, daß die Aeltern ohne Schenkung mehr hätten hinterlassen können, eben so wenig, als sie sich zu beschweren haben, daß die Aeltern hätten sparsamer seyn können, um den Kindern mehr zu hinterlassen.

Haben aber die Aeltern mehr als die Hälfte ihres Vermögens verschenkt, so ist der Schenkungsvertrag in Betreff dieses Uebermaßes den Notherben gegenüber ungültig, und sie fordern den Rückersatz nicht aus dem Titel der Anrechnung, sondern ex titulo nullius contractus, und es muß bey Berechnung des Pflichttheils aus dem Grunde auf das zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesene Vermögen Rücksicht genommen werden, um dadurch zu bestimmen, ob und in wie weit der Schenkungsvertrag ungültig sey.

Wie wäre es aber, wenn der Vater gerade die Hälfte seines Vermögens zu Lebzeiten verschenkt, die andere Hälfte hinterlassen, und in Betreff dieser die Kinder auf den Pflichttheil gesetzt hätte? — Könnten die Kinder gegen diese Beschränkung auf den Pflichttheil protestiren und einwenden, sie seyen ohnehin durch die Verschenkung der Hälfte des Vermögens schon auf den Pflichttheil gesetzt?

Ich glaube, nein; denn da der Vater unter Lebenden nicht mehr als die Hälfte verschenkte, so hat er über die andere Hälfte auf den Todesfall auf gesetzmäßige Art verfügt, und hat er nun weniger hinterlassen, als er hätte hinterlassen können, so geht dieses die Kinder eben so wenig an, als wenn er die Hälfte seines Vermögens auf andere Art vor seinem Absterben durchgebracht hätte. Müssen es sich doch die Kinder gefallen lassen, wenn der Vater ihnen durch Eingehung eines Leibrentenvertrages nach §. 1286 des b. G. B. Alles entzieht.

Man wird freylich einwenden, daß die Kinder schlechter daran seyen, wenn der Vater weniger als die Hälfte, oder gerade die Hälfte verschenkte, als wenn er über die Hälfte verschenkt hätte; denn es sey M das Vermögen vor der Schenkung, so bekommt jedes Kind bey einer Verletzung $\frac{M}{2n}$, während in dem letzten Falle, wenn D den verschenkten Betrag ausdrückt, jedes Kind nur $\frac{M-D}{2n}$ als Pflichttheil erhält, nun sey es aber mathematisch gewiß, daß $\frac{M}{2n} > \frac{M-D}{2n}$.

Dieses ist allerdings wahr, allein bekommen die Kinder in dem ersteren Falle den Pflichttheil aus dem Verlasse? Es steht ihnen ja nur das Recht zu, die Schenkung zu bestreiten, und der Betrag fällt ihnen ja nur aus der Ungültigkeit des Schenkungsvertrages zu. Zudem ist es nirgends ausgesprochen, daß die Aeltern die Hälfte ihres Vermögens hinterlassen müssen, sondern es steht in dem §. 762 des b. G. B. nur, daß der Erblasser den Kindern und Aeltern den Pflichttheil, welcher nach den §§. 765 u. 766 d. b. G. B. die Hälfte oder ein Drittheil des gesetzlichen Erbtheiles sey, hinterlassen muß.

Daß der §. 951 des b. G. B. als allgemeiner Maßstab zur Ausmittlung des Pflichttheiles nicht angenommen werden könne, glaube ich durch folgende Gründe genügend nachweisen zu können:

a) Spricht der Paragraph nur von einem Schenkungsvertrage, bestimmt daher nur, in wie weit ein Schenkungsvertrag eine gültige Kraft habe, und räumt den Notherben in dem gegebenen Falle nur das Recht ein, die Schenkung theilweise zu bestreiten.

b) Wollte man annehmen, daß der Pflichttheil immer nach dem Vermögensstande, wie er zur Zeit der Schenkung war, berechnet werden soll; so könnte es sich oft ereignen, daß die Kinder ihren gesetzlichen Pflichttheil gar nicht erhalten könnten, weil das vorhandene Vermögen nicht zureicht, ob-

gleich der Erblasser nicht über die Hälfte verschenkt hatte. Es habe z. B. der Vater im Jahre 1830 ein Vermögen

von	50,000 fl.
besessen; er habe in diesem Jahre seinem Bruder geschenkt	10,000 fl.
so blieben ihm also noch	40,000 fl.;
im Jahre 1831 habe er durch einen fallirten Schuldner verloren	30,000 fl.,
so hatte er bey seinem Absterben nur mehr .	10,000 fl.

Bey dem Vorhandenseyn eines Sohnes wäre aber sein Pflichttheil 25,000, allein er kann nicht mehr, als die vorhandenen 10,000 fl. bekommen. Was würde man zu einer Pflichttheilsberechnung sagen, welche das Resultat liefern würde, daß im Ganzen nicht so viel Vermögen vorhanden sey, um den Pflichttheil zu decken?

c) Wenn schon einmahl als Norm angenommen würde, daß der Pflichttheil nach dem Zeitpunkte der gemachten Schenkung berechnet werden soll, so müßte man doch immer dabey bleiben; allein was würden die Notherben dazu sagen, wenn in der Zwischenzeit das Vermögen der Aeltern bedeutend zugenommen hätte. Z. B.

der Vater hatte im Jahre 1830 . .	20,000 fl.,
hievon verschenkte er in demselben Jahre .	5000 „
es blieben ihm daher noch	15,000 fl.
Im Jahre 1832 gewinnt er in der großen Lotterie	50,000 fl.
und hinterläßt nun im Jahre 1835 . .	65,000 fl.

Würde man wohl den Pflichttheil nach dem Zeitpunkte berechnen, in welchem der Vater 20,000 fl. hatte? Oder könnte man etwa zu den 65,000 fl. die verschenkten 5000 fl., die der Vater allerdings zu verschenken das Recht hatte, dazu rechnen, und den Pflichttheil aus 70,000 fl. bestimmen? Wie ginge dieses

d) mit dem §. 784 des b. G. B. zusammen, wo es ausdrücklich heißt, daß, um den Pflichttheil richtig ausmessen zu können, alle zur Verlassenschaft gehörige bewegliche und unbewegliche Sachen, alle Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachfolger frey zu vererben befugt war, selbst Alles, was ein Erbe oder Legatar in die Masse schuldig ist, genau beschrieben werden müsse? Die im Jahre 1830 verschenkten 5000 fl. sind ja nicht mehr zur Verlassenschaft gehörig, sondern ein Eigenthum des Beschenkten, wovon er nach dem Gesetze nichts mehr zurückzustellen verbunden ist. Im Gegentheile müßte selbst

e) dieser Betrag, wenn der Schenkungsvertrag schriftlich unter Lebenden errichtet, aber die Geschenksumme an den Beschenkten noch nicht übergeben worden wäre, nach dem §. 785 des b. G. B. als eine auf der Masse lastende Schuld von dem Verlaßvermögen in Abzug gebracht werden. Der §. 784 des b. G. B. spricht

f) von der Ausmessung des Pflichttheiles überhaupt, derselbe mag nun den Descendenten, oder den Ascendenten zufallen, folglich muß diese Ausmessung immer nach den nämlichen Regeln Statt finden. Wollte man aber annehmen, es sollte das zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesene Vermögen zum Maßstabe dienen, so würde dieses bey Berechnung des Pflichttheiles der Aeltern durchaus nicht angehen, denn diese können sich wegen einer Pflichttheils-Verletzung auch dann nicht beschweren, wenn der Erblasser das ganze Vermögen verschenkt hätte; denn eine pflichtwidrige Schenkung ist nach dem §. 951 des b. G. B. nur rücksichtlich der Descendenten möglich. Endlich

g) ständen die Gesetzes-Paragraphe 784 und 951 des b. G. B. mit einander im Widerspruche, indem nach dem Ersteren der Pflichttheil aus dem Verlaßvermögen, nach dem Zweyten aber nach dem zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesenen Vermögen bestimmt werden sollte. Dieser §. 951 wäre aber auch mit den übrigen gesetzlichen Bestimmungen im Wi-

derspruche, weil bey einer solchen Ausmessung der Pflichttheil nicht mehr eine pars quota des Erbtheiles, und der Erbtheil nicht eine pars quota der Verlassenschaft wäre, was aber nach der gesetzlichen Definition seyn muß.

3.) Herr Dr. Czaba wirft dieser neuesten, von mir vertheidigten Anrechnungsart Seite 73 vor, daß dieselbe die Notherben zu wenig begünstige, diese Begünstigung aber dem Erblasser um so mehr zu Theil kommen lasse. Um dieses augenscheinlich zu machen, setzt er folgendes Beyspiel:

Die Verlassenschaft sey = . .	12,000 fl.,
folglich der Erbtheil dreyer Kinder .	4000 „
also der Pflichttheil eines jeden .	2000 „

Hätte nun jedes Kind bereits 2000 fl. erhalten, so könnte der Vater über den ganzen Verlaß pr. 12,000 frey verfügen; hierfür lasse sich nun kein Gesetz anführen.

Hierauf kann man dem Herrn Verfasser mit Grund erwidern, daß von einer Begünstigung oder Nichtbegünstigung durchaus keine Rede seyn könne, und daß der Richter nur verpflichtet sey, die bestehenden Gesetze nach ihrem Wortlaute anzuwenden, daß er aber für das Resultat bey einer richtigen Anwendung nie verantwortlich werden könne. Daß die Gesetze für diese neueste Anrechnungsmethode sprechen, erachte ich, in dem July-Hefte 1835 hinlänglich erörtert zu haben; bis jetzt hat wenigstens noch Niemand nachgewiesen, daß dort bey der Gesetzauslegung ein Fehler eingeschlichen sey; wohl aber muß ich wirklich Anstand nehmen, jenen Folgerungen beyzupflichten, welche der Herr Verfasser aus dem §. 765 des b. G. B. ableiten will.

Er meint nämlich: Es gehe aus diesem Paragraphe hervor, daß, da das Gesetz für den Erblasser bey jedem Kinde nichts mehr und nichts weniger, als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, als ihm zur freyen Verfügung verbleibend belasse, demselben eben so viele Hälften zur freyen Disposition erübrigen müßten, als ihrer allen Kindern zusammen gebührten; woraus dann von selbst folge, daß der disponible Ver-

lassenschaftsantheil jederzeit dem Gesammt = Pflichttheile der Notherben gleich sey, und jede Berechnungsart, mit oder ohne Rücksicht auf vorhandene Einrechnungsgaben, welche auf eine Ungleichheit dieser Summen hinausführe, gegen das Hauptgesetz der Anrechnung verstoße. Um wie viel mehr, meint er, müsse jene Anrechnungsart von der wahrhaft gesetzlichen abweichen, welche ein Resultat möglich mache, daß die Aeltern über den ganzen Nachlaß frey verfügen können.

Wir wollen untersuchen, ob diese Behauptung richtig ist. Weil uns der Herr Verfasser den vorgeblichen Fehler durch ein Beyspiel anschaulich gemacht hat, so müssen wir ihm auch wieder ein Beyspiel entgegen setzen: Der Vater von den drey Kindern A, B, C habe der A zu Lebzeiten ein Heirathsgut pr. 5000 fl., dem B eine Ausstattung pr. 6000 fl. und dem C zum Antritt eines Gewerbes 8000 fl. gegeben. Als der Vater starb, hinterließ er nur mehr 4000 fl., welche er der Witwe zur besseren Existenz testamentarisch hinterlassen wollte. Ich zweifle, daß der Herr Verfasser die Vertretung der Kinder zur Bestreitung des Testaments wegen verletzten Pflichttheiles übernehmen würde, und doch hat auch hier der Vater über das ganze Verlaßvermögen letztwillig disponirt.

Selbst der Herr Verfasser bleibt diesem von ihm genannten Hauptgrundsatze der Gleichheit bey seiner Anrechnungsart nicht getreu; denn Seite 131 stellt er auf: Das reine Verlassenschaftsvermögen betrage 14,000 fl., dann rechnet er an, und Seite 132 bringt er als sehr billiges Resultat heraus, daß dem Erblasser zur freyen Verfügung noch 8500 fl. verbleiben, während nach meiner Rechnung alle die von ihm genannten Hälften zusammen nur 7000 fl. betragen hätten.

Der §. 765 kann ja allein nicht zum Maßstabe dienen, denn dort wird nur überhaupt die pars quota ohne alle Rücksicht auf eine Einrechnung bestimmt. Wenn kein Abstämmling einen Vorempfang erhielt, den er sich einrechnen zu lassen schuldig ist, dann hat der Herr Verfasser Recht, dann kann der Erblasser richtig auch nach der neuesten Formel nur über

die Hälfte des Vermögens verfügen, denn nach unserer Rechnung ist $\frac{M}{n}$ der Erbtheil eines jeden, und $\frac{M}{n} \times n$ der Inbegriff aller Erbtheile, folglich $\frac{M\,n}{n} = M$; $\frac{M}{2n}$ ist der Pflichttheil eines jeden, also $\frac{M}{2n} \times n$ der Inbegriff aller Pflichttheile, und $\frac{M\,n}{2n} = \frac{M}{2}$ die Summe aller Pflichttheile, gleich der Hälfte der Verlassesmasse, folglich bleibt auch $\frac{M}{2}$ für den Erblasser zur freyen Verfügung. Sind aber Kinder mit anrechenbaren Gaben vorhanden, so ist der Erblasser ja nicht mehr schuldig, diesen noch aus der Verlassesmasse die Hälfte ihres gesetzlichen Erbtheiles zu geben, sondern der Erblasser ist berechtiget, nach §. 788 des b. G. B. die Vorausempfänge von dem Pflichttheile $\frac{M}{2\,n}$ in Abrechnung zu bringen; dann erhält der Notherbe aus der Masse nicht mehr $\frac{M}{2n}$, sondern nur $\frac{M}{2n} - P$; da aber $\frac{M}{2n} - P < \frac{M}{2n}$, $\left(\frac{M}{2n} - P\right) + \left(\frac{M}{2n} + P\right) = \frac{M\,n}{n} = M$[1]); so müssen dem Erblasser in diesem Falle als Folge der Einrechnung zur freyen Verfügung $\frac{M}{2n} + P$, also um P mehr, als $\frac{M}{2}$ zur freyen Verfügung bleiben, daher kann der vom Herrn Verfasser aufgestellte Grundsatz unmöglich richtig seyn, und es zerfallen die aus dem §. 765 des b. G. B. gezogenen Folgerungen, weil er denselben nicht im Zusammenhange mit dem §. 788 des b. G. B. ausgelegt hat.

---

[1]) Ist diese Gleichung wohl mathematisch richtig?

Anmerkung der Redaction.

Ich finde aber auch darin, daß in dem gegebenen Falle der Vater über das ganze Vermögen pr. 12,000 fl. soll verfügen können, wenn schon jedes der drey Kinder bey seinem Lebzeiten 2000 fl. erhielt, weder etwas Ungereimtes, noch Ungerechtes. Nichts Ungereimtes; denn wenn jedes Kind schon bey Lebzeiten das wirklich erhalten hat, was es jetzt als Pflichttheil aus der Verlassenschaft zu fordern hätte, so hat der Vater bereits der ihm aus den §§. 762 und 765 des b. G. B. obliegenden Verbindlichkeit entsprochen, und da er nach dem Gesetze nicht zu einem Mehr verhalten wird, so mag er allerdings mit seinem ganzen Nachlasse frey verfügen. Die Kinder hätten ja auch aus dem Verlasse nicht mehr bekommen, wenn er, anstatt ihnen die Vorschüsse zu geben, diese Beträge bey Lebzeiten verbraucht hätte. Es liegt aber auch darin nichts Ungerechtes; denn die Kinder mußten wissen, daß sie sich die Vorempfänge müssen in Abzug bringen lassen; glauben sie besser daran zu seyn, wenn sie ihren Pflichttheil aus der Masse abwarten, so steht es ihnen ja frey, denn der Vater kann ihnen die Vorempfänge nicht aufdringen; haben sie aber den Vorempfang angenommen, so haben sie auf ihren gesetzlichen Pflichttheil, insoweit dieser durch den Vorempfang erschöpft wird, schon ex lege verzichtet.

Hiermit glaube ich im Zusammenhange mit der Abhandlung im July-Hefte 1835 die Einwendungen des Herrn Dr. Czada, welche er in seiner Abhandlung über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichttheiles vom Jahre 1830 der neuesten Anrechnungsmethode entgegengestellt hat, hinreichend widerlegt, und nach meinen Kräften der im October-Hefte 1835 ergangenen Aufforderung entsprochen zu haben.

XVIII.

Criminalrechtsfall als Beytrag zur Erläuterung des Unterschiedes zwischen Veruntreuung und Betrug.

Vom

Herrn Moritz v. Stubenrauch,

Doctor der Rechte, Concepts-Praktikanten bey der k. k. Hof- und nieder-österr. Kammerprocuratur, und Supplenten an der k. k. Theresianischen Ritter-Akademie.

Der Gastwirth Joseph P. hatte bey seinem Geschäfte die Einrichtung getroffen, daß er an Balltagen immer vor Eröffnung der Säle Jedem seiner Kellner eine bestimmte Anzahl von eigens hierzu verfertigten (auf 2 fl., 1 fl. 30, 15, 10 und 6 Kreuzer lautenden) Marken einhändigte, mit welchen sie Alles, was sie aus der Küche oder dem Keller empfingen, sogleich an die am Eingange derselben aufgestellten Cassiere bezahlen mußten. Nach Beendigung des Balles, bey der Verrechnung, brachte dann jeder Kellner die ihm noch übrig gebliebenen Marken zurück; den Rest aber bis zum Belaufe der ihm ursprünglich eingehändigten Summe mußte er in barem Gelde erlegen.

Auf diese Weise hatte sich der Gastwirth P. vor jeder Uebervortheilung von Seite seiner Dienstleute gesichert, wofern es ihm nur gelungen war, einen verläßlichen Mann an die Casse zu setzen, der keine Schüssel unbezahlt aus der Küche ließ, noch sonst mit den Kellnern in einem betrügerischen Einvernehmen stand.

Einen solchen Mann glaubte nun P. in Franz S. gefunden zu haben, welchen er schon früher zu ähnlichen Zwecken verwendet hatte, und dem er sohin auch für den Ball am — die Aufsicht über die Küchencasse anvertraute.

Franz S. war durch lockeres Leben und längere Dienstlosigkeit in eine so bedeutende Schuldenlast verwickelt worden, daß er den Entschluß faßte, diese Gelegenheit zu benützen, um sich aus seiner drückenden Lage zu ziehen. Nach Mitternacht sollte er nämlich von dem Gastwirthe selbst auf seinem Posten abgelöst werden. Bevor aber dieses geschah, steckte er unvermerkt eine nicht unbedeutende Anzahl von den für Speisen eingegangenen Marken aus der Casse zu sich, und näherte sich in einem wenig besuchten Gastzimmer dem (ihm schon seit längerer Zeit bekannten) Kellner Johann K., welchem er sein Vorhaben mit dem Bedeuten anvertraute, daß er ihm gerne die Hälfte des Gewinnes überlassen würde, wenn er zur Ausführung seines Planes hülfreiche Hand biethen wollte.

Johann K. sollte nämlich 40 fl. an Marken in Empfang nehmen, und dem Wirthe P. bey der Abrechnung, als ob sie ihm von der zu Anfang des Balles eingehändigten Summe übrig geblieben wären, zurückstellen. Auf diese Weise mußte er nothwendig im Besitze einer gleichen Summe baren Geldes bleiben, welches er statt der von Franz S. empfangenen Marken hätte bezahlen müssen, und in diesen Gewinn sollten sich dann Beyde theilen.

Da eben Gäste in das Zimmer traten, so blieb keine Zeit zu weiteren Verabredungen übrig, sondern Franz S. steckte dem Johann K. die besagte Anzahl Marken in die Hand, und entfernte sich. Erfreut über den anscheinend glücklichen Erfolg seines Unternehmens glaubte S. ein Aehnliches auch bey einem Andern seiner Kameraden, Franz H., versuchen zu können, und both ihm auf gleiche Weise eine Summe Marken an. Auch dieser ging zum Theile in seinen Plan ein, nahm von den angebothenen Marken 10 Stück zu 1 fl. in Empfang, und versprach dem S., ihm die Hälfte ihres Gewinnes zu überlassen.

Bald darauf entdeckte er aber dem Wirthe P. den ganzen Hergang der Sache, stellte ihm die von S. erhaltenen Marken (im Betrage von 10 fl.) zurück, und eröffnete ihm, daß er sie bloß in der Absicht angenommen hätte, um den S. seines schlechten Streiches desto leichter und sicherer zu überführen. P. ließ noch vor Ausgang des Balles den S. in das Inspections-Zimmer berufen, und übergab ihn zur weiteren Verfügung der Obhuth des Polizey-Commissärs, der von dem ganzen Vorgange unterrichtet worden war.

S. läugnete zwar Anfangs seine That, wurde aber der dringenden Inzichten wegen in sichere Verwahrung gebracht.

Unterdessen hatte sich das Gerücht von seiner Verhaftnahme unter die übrigen Kellner verbreitet, und als es denn nach beendigtem Balle mit dem Wirthe zur Abrechnung kam, wagte es Johann K. nicht, sich der von S. empfangenen Marken zu bedienen, sondern führte das eingelöste Geld ohne Rückstand ab, und behielt die erwähnten Marken bey sich in der Tasche.

Am nächsten Morgen gestand S. in seinem Verhöre bey der Polizey-Direction seine Schuld zwar ein, insofern sie durch die Anzeige des Franz H. zu Tage gefördert worden war; erwähnte aber mit keinem Worte seines Einverständnisses mit Johann K., und behauptete fortwährend, daß er weder sonst Jemandem Marken eingehändigt, noch seinen Herrn auf eine andere Weise übervortheilt habe.

Johann K. hatte indessen über die Verhaftung des S. Gewißheit erhalten, und sich auch von dem ersten Schrecken, den ihm diese Nachricht verursacht hatte, gesammelt. Von wahrhafter (?) Reue ergriffen, verfügte er sich des Abends zu dem Gastwirthe P., gestand ihm offen sein Vergehen, übergab ihm die von S. empfangenen Marken (im erwähnten Betrage von 40 fl.), und betheuerte, außer denselben nichts von diesem erhalten, und sich überhaupt nicht den geringsten unrechtmäßigen Vortheil zugewendet zu haben.

Tags darauf wurde auch er von der Polizey in Verhaft

genommen, und hierauf mit Franz S. wegen des unterlaufenen Betrugs-Verbrechens dem Criminal-Gerichte überliefert.

Johann K. legte auch dort ein aufrichtiges Geständniß seines Vergehens ab, dagegen S. noch ferner zum Läugnen seine Zuflucht nahm.

Nach vollendetem summarischen Verhöre wurde gegen Beyde die ordentliche Untersuchung eingeleitet. Der Inquirent sprach in seinem dießfälligen Vortrage folgende Ansicht aus: „Das Verbrechen besteht in der Vorenthaltung der die Stelle baren Geldes vertretenden Blechmarken von Seite des S. aus der ihm auf treue Hand anvertrauten Küchencasse im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisse mit K. über die Theilung des sich zuzueignenden Betrages. Es ist derselbe Fall, wie wenn bey andern Wirthen, wo sogleich bare Bezahlung mit Geld bey den Kellnern eingeführt ist, der auf Verrechnung bestellte Cassier einen Theil der baren Einnahme dem Kellner wieder hinausgäbe, oder die allfälligen Aufschreibungen zum Nachtheile des Herrn verfälschte, wodurch nur der Act der Veruntreuung bemäntelt werden will, wie es im vorliegenden Falle durch Rückzahlung der Marken zu Handen des Herrn an Geldes Statt von Seite der Kellner geschehen sollte. Diese durch Hinausgabe der Marken an die Kellner bereits wirklich unternommene Veruntreuung sollte durch deren Zurückzahlung an den Herrn also nur fortgesetzt werden, und es ist daher dieses Verbrechen in Beziehung auf S. auch schon in Betreff der an K. und H. angebothenen Gesammtsumme von 80 fl. als bestehend anzusehen, wenn gleich ein effectiver Schade durch das Eintreten fremder Hindernisse hierbey nicht entstanden ist." Auf gleiche Weise erscheint in Bezug auf Johann K. „die Vorenthaltung der auf Verrechnung ihm anvertrauten, die Stelle baren Geldes vertretenden Marken, und die Zueignung des Betrages, so wie dessen Theilung nach vorläufigem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisse mit S. nach §. 163 des St. G. I. Thls. als ein,

zwar von S. als moralischem Urheber begonnenes, von K. aber einverständlich fortgesetztes und vollführtes Verbrechen der Veruntreuung, um so mehr als die Vorenthaltung des baren Betrages durch Einzahlung der Marken an den Wirth bey der Verrechnung nur bemäntelt werden sollte."

Im Laufe der ordentlichen Untersuchung verharrte S. fortwährend auf seiner früheren lügenhaften Aussage, bis man ihm das von K. abgelegte Geständniß entgegenhielt; worauf er sodann den ganzen Sachverhalt übereinstimmend mit den von K. angeführten Umständen einbekannte, und auch den Betrag der diesem überlieferten Marken auf 40 fl. angab.

Eines weitern Vergehens wollte sich weder S. noch K. schuldig wissen, und aller angewandten Mühe ungeachtet, konnte man kein aufrichtiges Geständniß von ihnen erlangen. Da aber der Gastwirth P. vorgab, an jenem Abende einen nicht unbedeutenden Schaden erlitten zu haben, der nur aus einem verbrecherischen Einverständnisse seiner Dienstleute entsprungen seyn konnte, da sich ferner noch manche andere Inzichten ergaben, welche von den Inquisiten nicht hinreichend widerlegt worden waren, so lautete das Urtheil des Criminal-Gerichtes dahin: „daß die mit Franz S. und Johann K. wegen Verbrechens der Veruntreuung abgeführte Untersuchung aus Abgang rechtlicher Beweise für aufgehoben erklärt werden solle, und Franz S. wegen der geständigen — Johann K. aber wegen allfälliger schweren Polizey-Uebertretung der Veruntreuung der politischen Behörde zur Amtshandlung zu übergeben sey."

Die Criminal-Behörde ging bey Beurtheilung dieses Falles von der Ansicht aus, daß die den Inculpaten zur Last fallende Handlung als eine Veruntreuung zu betrachten sey, welche nach §. 163 des St. G. I. Thls. erst dann zum Verbrechen wird, wenn sie fünfzig Gulden übersteigt. Gegen diese Ansicht erheben sich nun manche nicht ungegründete Bedenken, welche es wenigstens als zweifelhaft erscheinen lassen,

ob die von S. und K. verübte That nicht vielmehr nach den §§. 176 und 179 d. St. G. I. Thls. als ein Betrugs-Verbrechen hätte behandelt werden sollen.

Einen Betrug überhaupt begeht nämlich derjenige, welcher durch listige Vorstellungen oder Handlungen einen Andern in einen Irrthum führet, durch welchen jemand an seinem Eigenthume oder andern Rechten Schaden leiden soll. Die Absicht des Betrügers muß darauf gerichtet seyn, einen Andern an seinem Eigenthume oder andern Rechten zu verletzen. Hieraus ergibt sich aber noch kein hinreichendes Unterscheidungs-Merkmahl für die Bestimmung des Begriffes von Betrug, da zu jedem Verbrechen böser Vorsatz erfordert wird, und die Absicht des Thäters immer auf Verletzung fremder Rechte gerichtet seyn muß [1]). Dieses Merkmahl dürfte vielmehr in der Thathandlung, das ist in der Art und Weise zu suchen seyn, auf welche der Betrüger seinen (allen Verbrechern gemeinsamen) Zweck zu erreichen strebt. Diese Thathandlung besteht nun in der listigen Herbeyführung eines Irrthums [2]), welcher dem Betrüger als Mittel dienen soll, um zu seinem Ziele zu gelangen; — ein Ziel, das zwar andere Verbrecher ebenfalls vor Augen haben, das sie aber auf ganz verschiedenem Wege zu erreichen suchen; wie z. B. der Räuber durch gewaltsame Handanlegung an eine Person, der Dieb durch Entziehung der fremden Sache aus dem Besitze eines Andern ohne dessen Einwilligung u. s. w. Insonderheit kömmt aber zu bemerken, daß der Schade, den Jemand an seinem Eigenthume oder andern Rechten leiden soll, gerade durch den Irrthum entstehen muß, in welchen ihn der Betrüger zu versetzen wußte, ohne daß von Seite des Letzteren eine andere (wenigstens keine verbrecherische) Handlung hinzuzukommen braucht.

---

1) Vergl. II. der Einleitung und §. 1 des St. G. I. Thls. Höchstens die Unzuchtsfälle des §. 113 dürften hiervon ausgenommen seyn.

2) Sie kann auch in der Benützung der Unwissenheit oder des durch den Thäter nicht selbst erzeugten Irrthums eines Andern bestehen, wovon wir jedoch hier absehen wollen.

Der Dieb, der unter falschem Vorwande Jemanden vom Hause weglockt, um ihn in seiner Abwesenheit desto sicherer zu bestehlen, bedient sich auch des Irrthums eines Andern als eines Mittels zur Erreichung seiner verbrecherischen Absicht; es wird aber durch diesen Irrthum allein noch kein wie immer gearteter Schade herbeygeführt, sondern erst durch den während der Abwesenheit des Beschädigten unternommenen Diebstahl, dessen Verübung die betrügliche Weglockung vom Hause nur erleichtern sollte.

Sobald aber die beyden wesentlichen Erfordernisse des Betruges, nämlich I.) eine listige Vorstellung oder Handlung, und II.) die Absicht, einem Andern dadurch an seinem Eigenthume oder andern Rechten Schaden zuzufügen [1]), vorhanden sind, stellt sich, wenn III.) noch eine besonders gefährliche Beschaffenheit der That hinzutritt, oder wenn der wirklich herbeygeführte, oder doch beabsichtigte Schade fünf und zwanzig Gulden übersteigt, sofort das Verbrechen des Betruges dar; denn dieses findet jederzeit Statt, wenn der zur Beurtheilung vorliegende Fall nach seinen wesentlichen Merkmahlen unter den gesetzlich aufgestellten Begriff eines bestimmten Verbrechens eingereiht werden kann, und auch alle übrigen nach Umständen gesetzlich aufgestellten Bedingungen vorhanden sind [2]).

Gehen wir nun zur näheren Betrachtung unseres Falles mit Rücksicht auf die eben angeführten wesentlichen Unterscheidungs-Merkmahle eines Betrugs-Verbrechens über, so dürfte sich das Zusammentreffen derselben hierbey allerdings nachweisen lassen. Die Absicht des Franz S. ging nämlich dahin, sich aus dem Vermögen des Gastwirthes P. einen unrechtmäßigen Vortheil zuzuwenden. Seine Stellung als Küchen-Cassier lieferte ihm aber keine Mittel an die Hand, diesen

[1]) Vergl. Jenull, das österreichische Criminalrecht nach seinen Gründen und seinem Geiste dargestellt. Grätz, 1809, II. Thl. Seite 353 und folg.

[2]) Vergl. Jenull a. a. O. I. Thl. Seite 105 u. folg.

Plan für sich allein, ohne fremde Beyhülfe in's Werk zu setzen; denn er erhielt kein bares Geld, sondern bloß Marken ausbezahlt, welche er in seiner Casse sammeln, und am Ende des Balles dem Herrn übergeben sollte. Um seinen Zweck zu erreichen, mußte er sich also nothwendiger Weise mit einem oder dem andern Kellner einverstehen, welcher allein ihm zur Ausführung seines Vorsatzes behülflich seyn konnte. Das Mittel, welches er hierzu wählte, bestand in seiner Wesenheit darin, daß der Kellner die ihm aus der Küchencasse heimlich zugesteckten Marken — als wären sie ihm von der ursprünglich empfangenen Summe übrig geblieben, — dem Wirthe zuletzt übergeben und in Rechnung bringen, dafür aber um so viel weniger an barem Gelde abführen sollte. Die Verbrecher konnten ihren Zweck nur dadurch erreichen, daß sie den Gastwirth P. auf diese Weise in den Irrthum versetzten, als hätte Johann K. von seinen ursprünglich empfangenen 190 fl. nicht 96 fl. (wie dieß wirklich der Fall war), sondern nur 56 fl. an den Küchencassier für erhaltene Speisen bezahlt, und somit auch nicht mehr als 56 fl. von seinen Gästen eingenommen, da ihm doch 96 fl. eingegangen waren. Wie schon bemerkt aber ist die Herbeyführung eines Irrthumes, durch welchen Jemand an seinen Rechten Schaden leiden soll, das wesentliche Unterscheidungs-Merkmahl des Betruges. Suchen wir nun auf gleiche Weise den Begriff der Veruntreuung, wie sich derselbe in den §§. 161 und 163 des St. G. I. Thls. darstellt, zu zergliedern, so findet sich darin vor Allem wieder die Absicht, Jemandem (an seinem Vermögen) zu schaden, und sich selbst einen unrechtmäßigen Vortheil zuzuwenden, — ein Merkmahl, welches die Veruntreuung nach §. 1 des St. G. I. Thls. und II der Einleitung mit allen Verbrechen gemein hat. Dagegen erscheint als die derselben eigenthümliche Thathandlung die Vorenthaltung oder Zueignung einer fremden, anvertrauten Sache. Dieß ist hier der Weg, auf welchem der Verbrecher zu seinem Ziele zu gelangen sucht, und wodurch er sich von dem Diebe und Be-

trüger, wie von dem Räuber und Falschmünzer unterscheidet. Vorenthalten aber heißt nichts anderes, als den Besitz einer Sache, welche man Jemandem herauszugeben schuldig ist, widerrechtlich fortsetzen [1]). Hiermit kann nun allerdings auch eine Täuschung eines Andern verbunden seyn, ohne daß sie jedoch zur Wesenheit des Thatbestandes gehörte. Der Irrthum, in welchen der Andere versetzt wird, dient in solch einem Falle bloß als Mittel, um die fremde, anvertraute Sache desto leichter vorenthalten, oder die bereits vollendete Veruntreuung bemänteln zu können; durch den Irrthum an und für sich wird aber noch kein wie immer gearteter Schade hervorgebracht; sondern erst durch das Hinzutreten der verbrecherischen Vorenthaltung oder Zueignung von Seite des Thäters. Hierdurch allein unterscheidet sich dann diese Veruntreuung von dem Betruge, bey welchem aber die Vorenthaltung oder Zueignung des fremden Gutes eine unmittelbare Wirkung des in dem Andern herbeygeführten Irrthumes ist; und mithin wohl zum Thaterfolge, keineswegs aber zur gesetzlichen Begriffsbestimmung des Verbrechens gehört [2]); daher sie auch ganz unterbleiben kann, ohne daß die Handlung deßhalb aufhört, als Betrug criminell strafbar zu seyn.

Es entsteht nun die Frage, ob sich auch die gesetzlichen Begriffsmerkmahle der Veruntreuung in unserem vorliegenden Falle nachweisen lassen?

Hierzu gehört vor Allem das Vorenthalten (oder die Zueignung) einer anvertrauten Sache. Dem Franz S. wurde nun freylich die Küchencasse zur Besorgung anvertraut, und er hat auch wirklich die für Speisen eingegangenen Blechmarken in böser Absicht aus derselben vorenthalten; aber durch diese Vorenthaltung allein wäre der Gast-

---

[1]) Vergl. Jenull a. a. O. II. Thl. Seite 330 u. folg. — und Adelung: „Vorenthalten, zurück, oder bey sich behalten, was man einem Andern zu geben schuldig ist."

[2]) Vergl. Jenull a. a. O. I. Thl. S. 191.

wirth P. zu keinem Schaden gekommen[1]); auch wäre damit der Zweck des Verbrechers noch keineswegs erreicht, und die Ausführung seines Planes bey Weitem nicht vollendet gewesen; bey dem Verbrechen der Veruntreuung muß aber eben durch die Vorenthaltung des anvertrauten Gutes der criminelle Schade herbeygeführt werden, und die That ist vollendet, sobald derjenige, dem die Sache anvertraut ist, dieselbe vorenthält[2]).

Man dürfte uns hier vielleicht einwenden, daß S. nicht als der unmittelbare Thäter, sondern nur als moralischer Urheber der von Johann K. begangenen Veruntreuung erscheine; daher es nothwendig wird, auch die Handlungsweise des Letzteren mit den oben angeführten Merkmahlen dieses Verbrechens zu vergleichen.

In dieser Beziehung müssen wir bemerken, daß dem Kellner Johann K. zwar allerdings eine bestimmte Summe Marken von dem Gastwirthe anvertraut worden war, damit er die aus der Küche bezogenen Speisen an S. bezahlen, den Rest aber bey der Verrechnung wieder zurückstellen sollte; allein diese ihm anvertrauten Marken wollte und konnte er mit Vortheil auch gar nicht vorenthalten, sondern im Gegentheile das von den Gästen eingenommene bare Geld, welches er an seinen Herrn abzuführen verpflichtet war; es ist also unrichtig, wenn das Criminal-Gericht die Thathandlung des K. als eine „Vorenthaltung der auf Verrechnung ihm anvertrauten, die Stelle baren Geldes vertretenden Marken" definirt; da es vielmehr in seinem Interesse gelegen war, dem Gastwirthe P. so viel Marken als möglich zurückzustellen, um desto mehr von dem eingegangenen baren Gelde sich zueignen zu können.

Sollte aber nicht eben die Vorenthaltung des baren Geldes den Thatbestand der Veruntreuung ausmachen?

---

[1]) Wenigstens zu keinem Schaden, der die etwa begangene Veruntreuung zu einem Verbrechen hätte machen können, da der reelle Werth der Blechmarken sich höchstens auf einige Groschen belief.

[2]) Jenull a. a. O. II. Thl. S. 330.

Hiergegen läßt sich einwenden, daß auch dieses dem Thäter eigentlich nicht anvertraut worden war; denn gerade, weil der Gastwirth P. auf die Ehrlichkeit seiner Dienstleute nicht vertraute, hatte er die oberwähnte Einrichtung getroffen, in Folge deren er sich vor jeder Uebervortheilung sicher glaubte. Das Eigenthümliche dieser Einrichtung bringt es mit sich, daß seine Kellner hierbey nicht das Mindeste anvertraut erhielten, da sie im Gegentheile jede Schüssel, die sie aus der Küche empfingen, mit den eigens hierzu verfertigten Marken bezahlen mußten; was im Grunde eben so viel war, als wenn sie dieselbe mit barem Gelde bezahlt hätten, da der Wirth hierdurch (vorausgesetzt, daß Alles in gehöriger Ordnung vor sich gegangen wäre) in die genaue Kenntniß kam, was er an barem Gelde von Jedem zu fordern hatte. Uebrigens war es ihm gleichgiltig, ob ihm die Kellner wirklich das von den Gästen eingenommene Geld abführten oder nicht; wenn sie nur gerade so viel bezahlten, als sie nach Ausweis des Standes der Küchencasse und nach der Menge der ihnen noch übrig gebliebenen Marken bezahlen mußten; auf die Identität der Münzstücke oder das Papiergeldes kam es ihm dabey nicht an.

Abgesehen aber auch von diesem Bedenken läßt sich der Ansicht des Criminal-Gerichtes noch Folgendes entgegen setzen: In dem oben angeführten Referate heißt es in Beziehung auf unsern Fall, es sey ganz dasselbe, „wie wenn bey andern Wirthen, wo sogleich bare Bezahlung eingeführt ist, der auf Verrechnung bestellte Cassier einen Theil der baren Einnahme dem Kellner wieder hinausgäbe, oder die allfälligen Aufschreibungen zum Nachtheile des Herrn verfälschte.“ — Die Wirkung mag wohl dieselbe seyn, nämlich eine Uebervortheilung des Dienstherrn, und ein unrechtmäßiger Gewinn von Seite der Dienstleute; allein wir haben schon oben bemerkt, daß hierdurch allein der Betrug am allerwenigsten von den ihm so nahe verwandten Verbrechen des Diebstahles und der Veruntreuung unterschieden werden kann, sondern daß diese Unterscheidung vielmehr in der Wesenheit des Thatbestandes liegt.

In dieser Hinsicht dürften aber die eben erwähnten Beyspiele mit unserem Falle nicht so ganz identisch seyn. Die Verfälschung der Aufschreibungen zum Nachtheile des Herrn hat wohl mit dem Verfahren des Franz S. eine unverkennbare Aehnlichkeit; allein es steht erst zu erweisen, daß eine solche Verfälschung nicht auch als ein Betrug anzusehen wäre, wofür selbst der Ausdruck „Verfälschung," — dessen sich das Gesetz bey Aufzählung der einzelnen Betrugsfälle so häufig bedient [1]), — zu sprechen scheint.

Dagegen ist der Fall, wenn ein auf Verrechnung bestellter Cassier einen Theil der baren Einnahme dem Kellner wieder hinausgibt von dem zur Beurtheilung vorliegenden wesentlich verschieden. Unter einer solchen Voraussetzung läßt sich freylich an dem Daseyn einer Veruntreuung nicht zweifeln; aber es findet einmahl schon darin gerade das umgekehrte Verhältniß Statt, daß der Cassier hierbey als unmittelbarer Thäter (und nicht als intellectueller Urheber), der Kellner dagegen als Theilnehmer nach §. 162 des St. G. I. Thls. (und nicht als unmittelbarer Thäter) schuldig wird. Andererseits ist in solch' einem Falle das Geld sowohl dem Kellner als dem Cassiere wirklich anvertraut worden, und endlich ist hier mit dem Eingriff in die Casse das Verbrechen nicht nur vollbracht, sondern auch beendet, und der beabsichtigte Schade an dem Vermögen des Wirthes bereits herbeygeführt, ohne daß es weiter darauf ankäme, ob derselbe hierbey in einen Irrthum versetzt worden sey, oder nicht. Dieser kann wohl eine Folge der begangenen Veruntreuung seyn, er gehört aber nicht zum Wesen des Thatbestandes; dagegen in unserem vorliegenden Falle die Einzahlung der von S. aus der Küchencasse entnommenen Marken bey der Verrechnung, und somit die Täuschung des Gastwirthes P., allerdings zur Wesenheit der Handlung, keineswegs aber bloß zur Bemäntelung des durch die Vorenthaltung bereits vollführten Verbrechens der Veruntreuung gehört.

---

[1]) St. G. I. Thl. §. 178 a) b) c) d) u. §. 180 a) d) e).

dazwischen getreten wäre; auf diese Weise ist sein Versuch zwar erfolglos geblieben, er stellt sich aber darum nicht minder als eine strafbare Handlung dar; nur muß es dem Urtheile des Lesers überlassen bleiben, zu entscheiden, ob dieselbe als die schwere Polizey-Uebertretung der Veruntreuung, oder als das Verbrechen des Betruges anzusehen sey.

XIX.

Läßt die im §. 163 d. a. b. G. B. aufgestellte gesetzliche Vermuthung einen Gegenbeweis zu?

Vom

Herrn Dr. Franz Xav. Haimerl,

k. k. o. ö. Professor an der prager, Mitgliede der juridischen Facultät an der wiener Universität.

Ich würde es nie gewagt haben, nachstehende Bemerkungen dem juristischen Lesepublikum vorzulegen, und zwar aus dem Grunde nicht, weil ich die Sache immerhin für so ausgemacht und richtig hielt, daß sich daran nicht füglich zweifeln ließe, — wenn mich nicht ein kürzlich zur Sprache gebrachter Rechtsfall von entgegengesetzten Entscheidungen überzeugt hätte. A. M., Mutter eines unehelichen Kindes, brachte gegen J. N. die Paternitätsklage ein. Bey der hierüber vor sich gegangenen Tagsatzung gab der angebliche Schwängerer — als Geklagter — zu Protokoll: Es sey allerdings wahr und werde von ihm nicht in Abrede gestellt, daß er der Klägerinn A. M., so wie sie in der Klage ausgeführt, beygewohnt habe. Diese Beywohnung sey am 8. März gegen Abend geschehen und da die A. M. am 8. September desselben Jahres — also gerade sechs Monathe nach dieser Beywohnung entbunden wurde; so sey gegen ihn die in dem Gesetze (§. 163 nach Berichtigung des Druckfehlers) ausgedrückte Vermuthung begründet: daß er der Erzeuger des Kindes und sofort zur Uebernahme der Va-

terspflichten verbunden sey. Dessen ungeachtet aber müsse er der Richtigkeit dieser Annahme widersprechen; denn nach den vorgelegten Umständen müßte das neugeborne Kind gerade sechs Monathe im Mutterleibe zugebracht haben; davon aber lasse sich das Gegentheil zeigen, nämlich, daß das in Frage stehende Kind nicht nur sechs, sondern daß es seine neun Monathe im Mutterleibe zugebracht habe und zur Erprobung der Wahrheit dieser seiner Behauptung biethe er den Beweis durch Kunstverständige an. Wird durch sie der Beweis über den von ihm behaupteten Anstand hergestellt; so muß sich die entgegenstehende Vermuthung von selbst aufheben (praesumtio cedit probationi); denn seine vor sechs Monathen erfolgte Beywohnung kann doch unmöglich der Grund einer schon vor neun Monathen erfolgten Zeugung, er also nicht Vater des von der A. M. gebornen Kindes seyn. Darin bestanden ungefähr die zur Lösung des erhobenen Zweifels wesentlichen Momente der Verhandlung. Das Gericht erster Instanz erkannte: daß der geklagte J. N. allerdings als Vater des von der A. M. gebornen unehelichen Kindes anzusehen und der von ihm dagegen angetragene Beweis durch Kunstverständige nicht zulässig sey. Das Obergericht bestätigte das erstrichterliche Erkenntniß, — und es wurde das Hauptmotiv für diese Entscheidung darin gefunden: daß, weil die eingestandene, also rechtlich erwiesene Beywohnung des J. N. unter die gesetzliche, im §. 163 ausgemessene Frist falle, er auch nach diesem Paragraph als der Erzeuger angenommen werden müsse. Da ich nun mit dieser Entscheidung und Begründung nicht einverstanden bin; so erlaube ich mir, im Folgenden einige Gegenbemerkungen in möglichster Kürze zu erheben. Sollte ich hierin fehlgreifen; so wünsche ich Berichtigung, — nur der Austausch der verschiedenen subjectiven Ansichten führt in ähnlichen Fällen zur besseren Erkenntniß, und in der Beförderung derselben liegt ein Hauptzweck dieser Blätter. Ehe ich jedoch zu einer weitern Betrachtung der aufge-

worfenen Frage übergehe, will ich noch vorläufig darauf aufmerksam machen, was die Commentatoren unseres b. G. B. hierüber für Ansichten äußern.

Hofrath v. Zeiller bemerkt zum §. 163 b. G. B. (im I. Bd. seines Commentars, S. 362 — 363): „der Paragraph stellt zum Vortheile des Kindes eine rechtliche Vermuthung auf, wodurch jedoch weder andere Beweisesarten der Vaterschaft, noch auch Gegenbeweise zur Entkräftung der Vermuthung ausgeschlossen werden.

Appellationsrath Nippel äußert sich (in seiner Erläuterung d. a. b. G. B., II. Bd., S. 238 — 239) dahin: daß, da im Gesetze nur eine Vermuthung ausgesprochen sey, der Geklagte sich von der Uebernahme der Vaterspflichten allerdings befreyen könne, wenn er beweiset, daß ein Anderer Vater des Kindes sey. Materielle Gewißheit, meint dieser scharfsinnige Schriftsteller, könnte hierbey freylich nicht eintreten, wohl aber eine formelle, und formellen Beweis über die Vaterschaft eines Kindes gebe es einen zweyfachen, nämlich a) die Eintragung des Vaters in das Taufbuch nach Weisung des §. 164 (und der dazu gehörigen politischen Gesetze), und b) die Erklärung, daß ein Anderer Vater des unehelichen Kindes sey, welche in einem rechtskräftigen Urtheile enthalten. Regierungsrath Winiwarter endlich lehrt (in seinem bürgerl. Rechte, I. Bd. S. 389), daß aus dem Beweise der zur gesetzlich bestimmten Zeit geschehenen Beywohnung die gesetzliche Vermuthung entstehe, daß durch diesen Beyschlaf das uneheliche Kind erzeugt worden sey. Diese Vermuthung lasse zwar so, wie andere gesetzliche Vermuthungen den Beweis des Gegentheils zu, — aber als solcher kann der nicht angesehen werden, durch welchen dargethan würde, daß ein Anderer der Mutter zu einer Zeit beygewohnt habe, zu welcher nach der gewöhnlichen Erfahrung die Zeugung viel wahrscheinlicher durch diesen, als durch den Beyschlaf des Beschuldigten geschehen ist. — Der bloße Beweis über den concubitus cum pluribus also, kann nach unserem Rechte als ein Gegenbeweis nicht angesehen wer-

den; wohl aber (nach Nippel) das in Rechtskraft erwachsene richterliche Erkenntniß, daß ein Anderer Vater desselben Kindes sey, weil es widersinnig wäre, zuerst den Einen und den Andern als Vater und Erzeuger des nämlichen Kindes gerichtlich (formell) anzuerkennen. Doch diese Rücksicht und ob und wie weit sie beachtet werden dürfe, hat hier keinen Einfluß; — für unsern Zweck aber zeigen die aus den genannten Werken angeführten Ansichten beachtenswürdiger Schriftsteller, daß die im §. 163 b. a. b. G. B. begründete rechtliche Vermuthung nur eine praesumtio juris sey, welche einen Gegenbeweis zuläßt, nicht aber eine praesumtio juris et de jure, welche keinen Gegenbeweis zuließe.

Zu einer solchen Annahme wäre aber auch wirklich weder in dem Begriffe der gesetzlichen Vermuthung und der Natur der Sache, noch im Gesetze irgend ein annehmbarer Anhaltspunkt zu finden. Alle Vermuthungen sind ja — was ich hier als anerkannte Rechtswahrheit nicht weiter auszuführen nöthig finde — nur praesumtiones juris, wenn nicht das Gesetz selbst den Gegenbeweis ausschließt und sie zu praesumtiones juris et de jure, oder sogenannten gesetzlichen Imperativen stämpelt [1]). Letzteres ist in unserem hier zur Sprache gebrachten Gesetzesparagraphe (§. 163) nicht geschehen. Wer auf eine in der G. O. zulässige Art der Beywohnung überwiesen wird, oder diese — Beywohnung, als Vermuthungsgrund — auch nur gesteht, von dem wird vermuthet, daß er der Erzeuger des Kindes sey, heißt es, und dabey kommt nicht Ein Wort vor, welches auf die Ausschließung des Gegenbeweises hindeuten könnte. Es ist in diesem Paragraph eine einfache gesetzliche Vermuthung aufgestellt, und das Gesetz hätte gewiß ganz anders textirt werden müssen, falls man darin eine Vermuthung juris et de jure, die keinen Gegenbeweis zuläßt,

---

[1]) Vergl. Zeiller's Commentar I. Bd., S. 56 Note **) und Pratobevera's Materialien II. Bd., S. 67.

hätte ausdrücken wollen. Der Satz: probationi cedit praesumtio ist tief in dem Wesen und Begriffe der Vermuthungen gewurzelt [1]). Die Vermuthung — diese Annahme eines Umstandes als wahr aus bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen [2]), — kann nur so lange wirksam seyn, bis man das Gegentheil zur (formellen — juristischen) Gewißheit gebracht hat. So auch hier. Die aus dem bewiesenen (eingestandenen) Vermuthungsgrunde der geschehenen Beywohnung gefolgerte gesetzliche Vermuthung der dadurch effectuirten Zeugung, kann als etwas Wahrscheinliches nur so lange beachtet werden, bis das Gegentheil: daß durch jene (durch Eingeständniß erwiesene) Beywohnung die Zeugung nach objectiven Gründen nicht erfolgt seyn kann, nachgewiesen wird. Daß hier der Vermuthungsgrund — die geschehene Beywohnung — durch das Geständniß des Geklagten erwiesen vorliegt, kann dieser Ansicht nicht hinderlich seyn. Denen aber, die an der rechtlichen Zulässigkeit des Beweises gegen die im §. 163 d. G. B. aufgestellte Vermuthung noch zweifeln möchten, setzen wir den Fall anders und fragen: Wie wäre es denn, wenn der geklagte angebliche Schwängerer gestünde, in einer Zeit beygewohnt zu haben, von welcher bis zur erwiesenermaßen erfolgten Entbindung zehn Monathe verlaufen sind, aber den Beweis durch Kunstverständige oder Zeugen darüber anbiethen würde, daß sie (die Klägerinn) ungefähr vor sieben Monathen eine Fehlgeburt gethan habe. Würde auch dieser Beweis verworfen und die Vermuthung, daß er trotz dem Vater des nun gebornen Kindes sey, wirksam aufgenommen werden müssen? Um consequent zu

---

[1]) Vergl. Martin's Lehrbuch des gem. deutsch. Civilprozesses, eilfte Auflage 1834, §§. 131, 133, 181 und 233. Gönner's Archiv für Gesetzgebung und Reform; 4. Bd., 1. Heft, S. 1 — 132.

[2]) Vergl. Wagner's treffliche Abhandlung über die Vorbegriffe zur Lehre vom Beweise im Civilprozesse in dieser Zeitschrift 1829, 2. Bd., S. 315.

bleiben, allerdings, denn auch hier fiele die Beywohnung in die gesetzlich (§. 163) bestimmte Zeit (nicht weniger als sechs und nicht mehr als zehn Monathe); — aber eben weil diese Consequenz auf Absurdidäten führt, muß die Ansicht als unrichtig verworfen werden.

Wie und auf welchem Wege die Entkräftung der gesetzlichen Vermuthung einzuleiten und durchzuführen ist, das ist zunächst lediglich Sache dessen, den wegen der entgegenstehenden Vermuthung die Beweislast trifft, hier also Sache des geklagten angeblichen Schwängerers, und der Richter hat sich nach dem Geiste der Verhandlungsmaxime[1]) darein weiter nicht zu mengen, als es die Gesetze erfordern, namentlich aber ist er sogar verpflichtet, auf die von der Partey über einen entscheidenden Umstand gehörig angebothenen Beweise abzugehen. Es entsteht sonach hier die weitere und für solche Fälle, wie der vorliegende, höchst wichtige Frage: Ob der Beweis durch Kunstverständige in der angeführten Art und zu dem hier im Auge gehaltenen Zwecke, zur Entkräftung jener gesetzlichen Vermuthung nämlich, zulässig sey, oder nicht. Da das Gesetz den Gegenbeweis nicht ausschließt, auch nirgends den Gegenbeweis durch Kunstverständige insbesondere verwirft; so könnte ein Hinderniß etwa nur noch darin gefunden werden, daß entweder a) die gesetzlichen Bedingungen nicht eintreten, unter denen nach der G. O. auf den Beweis durch Kunstverständige gesprochen werden darf, oder daß b) der zu beweisen angetragene Umstand gar nicht durch ein solches Beweismittel erweisbar — die Beweisführung also nothwendiger Weise eine überflüssige wäre. Keines dieser Bedenken dürfte jedoch hier Gewicht haben.

---

[1]) §. 1 der a. G. O. Nur nach der Untersuchungsmaxime hat der Richter von Amtswegen die zweckmäßigen Beweismittel zu eruiren (vergl. die preußische G. O. §. 10 u. ff.); bey der Verhandlungsmaxime dagegen beschränkt sich die Thätigkeit des Richters in der Regel auf die Direction des Prozesses.

Der Beweis durch Kunst- (oder Sach-) Verständige [1]) kann und soll von dem Richter damahls zugelassen werden, wenn er 1.) gehörig angebothen wird, 2.) wenn der Umstand, der zu beweisen angetragen wird, die Streitsache entscheidet, und 3.) zur Beurtheilung desselben besondere (Kunst- oder wissenschaftliche) Kenntnisse erforderlich sind, und wenn 4.) eine Besichtigung (Beschau) möglich ist. Nun hat der Geklagte im vorgelegten Falle den Beweis durch Kunstverständige in seinem excipiendo, also gehörig angebothen und zwar über einen factischen Umstand angebothen, der den zwischen ihn und der Mutter des unehelichen Kindes obwaltenden Streit entscheidet. Denn wird der Beweis durch Kunstverständige darüber hergestellt, daß das Kind seine neun Monathe im Mutterleib zugebracht habe; so ist damit zugleich erwiesen, daß es nicht durch eine vor sechs Monathen geschehene Beywohnung gezeugt — also hier nicht vom J. N. gezeugt seyn könne. Wird der Beweis nicht hergestellt, so bleibt die Vermuthung wirksam, und J. N. wird als Vater erklärt. Daß aber der Umstand: ob ein neugebornes Kind sechs oder neun Monathe vor der Zeugung im Mutterleibe zugebracht habe, wenn es überhaupt möglich ist, nur durch ärztliche Personen beurtheilt werden könne, leuchtet von selbst ein, weil nur sie die zu dieser Beurtheilung nothwendigen wissenschaftlichen Kenntnisse besitzen. Das Object der Beschau bildet endlich hier das Kind selbst und so treten denn alle Erfordernisse zum Beweise durch Kunstverständige ein. Ob es aber nach den Regeln der medicinischen Wissenschaft, an und für sich genommen, möglich sey, aus der Besichtigung eines neugebornen Kindes mit juristischer Zuverlässigkeit bestimmen — den Befund dahin abgeben — zu können, wie lange dieses Kind im Mutterleibe zugebracht habe, — das zu beurtheilen

---

[1]) Vergl. das siebzehnte Capitel der a. G. O. §§. 187 u. ff. und Pratobevera's Materialien 8. Bd., S. 216 u. ff.

ist nicht Sache des Richters, denn sonst würde er sich ja über die Regeln der Wissenschaft zum Kunstrichter aufwerfen. Für ihn und sein richterliches Verhalten entscheidet lediglich das ärztliche Parere, und es geht nicht an, im Vorhinein ein Beweismittel zu verwerfen, weil er — Laie in der Wissenschaft — dafür hält, die Beweisführung könne keinen günstigen Erfolg haben. Die widrige Folge einer mißlungenen Beweisführung trifft nur den Beweisführer; er kann und soll schon früher überlegen, ob er damit zum beabsichtigten Zwecke gelangen, oder unnütze Kosten aufwenden werde. Wollte und dürfte der Richter diesen Umstand schon vor dem Beweiserkenntnisse würdigen; so könnte ja eigentlich ein mißlungener Beweis nicht vorkommen. Und so zeigt sich denn, daß im Wesen dieser Beweisführung ebenfalls kein Hinderniß gelegen sey und es scheint daher: daß der Richter in unserem Falle auf den Beweis durch Kunstverständige hätte erkennen sollen. Die Sorge für die unehelichen Kinder, die man vielleicht hier mit in Erwägung ziehen könnte, darf nie bis zur Kränkung der Rechte Anderer ausgedehnt werden [1]).

Ist aber die hier hervorgehobene Ansicht richtig; dann wäre den von Nippel (a. a. O.) namhaft gemachten Gegenbeweisen noch ein dritter Fall, der nämlich beyzusetzen, wenn durch Kunstverständige gezeigt wird, daß das Kind — nach den vorgelegten Umständen — von einem Andern gezeugt seyn müsse. Sollte dieser Beweis nicht gleich bey der Geburt, sondern erst später angetreten werden wollen, und sollten dann jene Medicinal-Personen, welche bey der Geburt zugegen waren, über das deponiren, was sie bey derselben in Beziehung auf die hier streitige Frage an dem Kinde wahrgenommen haben — weil nämlich eine spätere wirkliche Besichtigung des Kindes keinen zuverläßlichen Schluß auf den Mo-

[1]) Vergl. Helm's Abhandlung in dieser Zeitschrift vom Jahre 1831, S. 69 u. ff., 1. Bd.

ment der Geburt und was derselben voranging, zulassen dürfte; so würde ein Beweis durch s. g. kunstverständige Zeugen zu führen seyn, wie dieses auch schon anderwärts [1]) anwendbar erklärt wurde.

---

[1]) S Wessely's Themis, I. Heft und vergl. auch Pratobevera's Materialien, 8. Bd., S. 218 u. 219, §. 2. Fälle, in denen ein solcher Beweis durch kunstverständige Zeugen geführt werden möchte, ergeben sich übrigens auch bey Streitigkeiten anderer Art. So ist mir der Fall bekannt geworden, daß ein Fabriksinhaber gegen einen Brennmaterial-Lieferanten mit einer Entschädigungsklage auftrat, aus dem Grunde, weil das gelieferte Materiale nicht contractmäßig, sondern von schlechterer Qualität gewesen; er also dasselbe einmahl zu theuer gezahlt, aber auch noch außerdem Schaden gelitten habe, weil er besseres Material zusetzen mußte, um die erforderliche Hitze zu erzwecken u. s. w. Das Materiale war aber verbrannt; also kein Gegenstand einer Besichtigung und des Beweises durch Kunstverständige mehr. Der Fabrikant erboth sich jedoch, durch Leute, die Kenner des Materials sind, und dasselbe auch in seinem Magazine besahen, den Beweis über die Qualität des Materials zu führen — also einen Beweis durch kunstverständige Zeugen. Auch dabey wurde die Zulässigkeit einer so gearteten Beweisführung angefochten. Hier wurde übrigens diese Bemerkung nur beygefügt, um auf die praktische Wichtigkeit dieser noch wenig zur Sprache gebrachten Materie die Aufmerksamkeit zu lenken. Es wird Gelegenheit geben, darauf zurück zu kommen.

XX.

Ueber Anwendung von Zwangsmitteln und Ungehorsamsstrafen im österreichischen Criminal-Prozesse.

Vom

Herrn J. C. Passy,

Doctor der Rechte und prov. k. k. Pfleger zu Spital am Pihrn.

Vorwort.

Die persönliche Sicherheit ist ein heiliges Gut jedes Staatsbürgers, ihr Schutz wesentlicher Staatszweck. Unter den vielen Gefahren, welche derselben drohen, ist es vorzüglich die Ausartung der richterlichen Gewalt im Strafverfahren, welcher durch eine humane Gesetzgebung unüberschreitbare Gränzen gesetzt werden müssen.

Nicht bloß böser Wille, sondern weit öfter ein übel verstandener Eifer ist es, der den Richter zu unerlaubten Gewaltschritten gegen den Untersuchten verleitet. Oesterreichs milde Gesetzgebung, die dem Verbrecher am Schafote noch ihren gerechten Schutz angedeihen läßt, war seit jeher bemüht, jede Willkür des Richters zu beseitigen und den Untersuchten gegen dessen mögliche Mißhandlungen zu schützen. Dahin müssen wir die Bestimmungen des 11. Hauptstückes des I. und der §§. 86 und 87 des II. Thls. des. St. G. B., wo der dolose oder doch culpose Mißbrauch der richterlichen Gewalt mit Strafen bedroht ist, und alle jene Anordnungen rechnen, wodurch im Laufe des ganzen Verfahrens jede Amtshandlung des Inquirenten

controllirt wird, als die Zuziehung von Beysitzern, die genaue Führung des Verhörsprotokolles u. s. w.

Aber so wie einerseits der Willkür des Richters, müssen auch anderseits der Bosheit und den Umtrieben des Untersuchten durch ernste Maßregeln Gränzen gesetzt werden. Diese bestehen theils in Ungehorsamsstrafen, theils in Zwangsmitteln zur Beseitigung absichtlich dem richterlichen Verfahren gelegter Hindernisse.

Die hohe Wichtigkeit einer zweck- und gesetzmäßigen Anwendung derselben im Criminal-Verfahren bestimmten mich, im gegenwärtigen Aufsatze die dießfalls zerstreuten Anordnungen des I. Thls des St. G. B. in Kürze zusammen zu stellen.

§. 1.

Von Ungehorsamsstrafen und Zwangsmitteln im Strafprozesse überhaupt.

Unter Ungehorsamsstrafen im weiteren Sinne versteht man die Zufügung eines sinnlichen Uebels gegen eine Person, welche einem richterlichen Befehle keine Folge geleistet hat. In diesem Sinne kommen Ungehorsamsstrafen auch im Civilprozesse vor, z. B. gegen einen Zeugen, der sich vor dem Richter zu deponiren weigerte. Im engeren Sinne aber versteht man darunter jene Strafen, welche im Untersuchungsprozesse vor Fällung des Urtheiles über die Hauptsache gegen den, dem Zwecke der Untersuchung absichtlich hindernd entgegen tretenden Inquisiten, darum angewendet werden, um ihn für die Zukunft von einem solchen Benehmen abzuhalten. Zwangsmittel zur Erforschung der Wahrheit hingegen setzen keine schon begangene gesetzwidrige Handlung voraus, sondern werden angewendet, um künftigen derley Attentaten vorzubeugen, und den Untersuchten zu nöthigen, die Wahrheit anzugeben. Nach längst bekannten strafrechtlichen Principien findet ein directer Zwang zur Angabe der Wahrheit nicht Statt, indem er mehr oder weniger stets in eine Tortur ausarten würde. Ein indirecter Zwang kann aber inso-

fern allerdings eintreten, als jedes Verhalten des Inquisiten, wodurch er dem Zwecke der Untersuchung absichtlich hindernd entgegen tritt, mit einer Strafe belegt werden kann. Nur insoweit durch solche Mittel der Inquisit gezwungen werden kann, dem Richter nicht störend in den Weg zu treten, kann von Zwangsmitteln zur Erforschung der Wahrheit die Rede seyn. Hieraus ergibt sich aber, daß diese Zwangsmitteln selbst nichts anderes sind, als Ungehorsamsstrafen.

Der ganze, übrigens nicht praktische Unterschied, der aus der vorgedachten Betrachtung resultirt, besteht darin, daß man die Ungehorsamsstrafen in solche eintheilen kann, die eine begangene Uebertretung, um künftigen Fällen vorzubeugen, ahnden, und in solche, die das Aufhören einer noch fortgesetzten ordnungswidrigen Handlung bezwecken, um das Verfahren nicht ferner zu hemmen; zu der ersten Art gehört z. B. die Bestrafung einer versuchten Entweichung, zu der zweyten die des verstellten Wahnsinns, oder der verweigerten Antwort u. s. w.

Da jedoch diese Unterscheidung zu keinem praktischen Nutzen führt, so wollen wir auch ferner hierauf keine Rücksicht nehmen, und jene Fälle des österr. Strafrechtes herausheben, welche als Ungehorsamsstrafen im obigen Sinne erscheinen[1]).

§. 2.

Zulässigkeit der Ungehorsamsstrafen. — Princip des Criminal-Rechtes über den Untersuchungszweck und Folgerungen daraus.

Abhaltung von Verbrechen durch psychologischen Zwang, d. i. durch Vorstellung des auf die gesetzwidrige Handlung gedrohten Uebels, ist der oberste Zweck der Strafe im Staate.

---

[1]) Siehe Mittermayer's neues Archiv des Criminalrechts, XII. Band, S. 449; derselbe deutsches Strafverfahren §. 76; Feuerbach's Lehrbuch des peinl. Rechts §. 590; Stübel's Criminal-Verfahren §. 2108 u. a. m.

Um aber möglichen Uebertretungen durch Furcht vor der gesetzlichen Ahndung vorzubeugen, muß der wirklichen Uebelthat die Strafe im angedrohten Maße folgen, sonst wird sie zum lächerlichen Popanz, der die richterliche Gewalt entwürdiget. Um aber Jemanden mit Strafe belegen zu können, muß über dessen Strafwürdigkeit verhandelt und entschieden werden. Den Inbegriff der gerichtlichen Handlungen, deren Zweck ist, zu bestimmen, ob und in welchem Umfange das Strafgesetz auf ein Individuum in Anwendung zu treten habe, heißt der Strafprozeß. Aus diesem Zwecke des Strafprozesses ergibt sich auch das oberste Princip für diesen Zweig der Gesetzgebung und der nothwendige Umfang desselben. Das strafrichterliche Verfahren muß nämlich alle jene Maßregeln enthalten, welche als nothwendige und zweckmäßige Mittel erscheinen, um den Richter in den Stand zu setzen, mit möglichster Gewißheit über die Strafwürdigkeit des Angeschuldigten zu entscheiden.

Diese Mittel sind aber theils directe, wodurch der Zweck des Strafprozesses geradezu befördert wird, theils indirecte, wodurch die Hindernisse beseitiget werden, welche dem Richter das Erkennen des wahren Sachverhältnisses, und daher die richtige Subsumption des Factums unter das Gesetz erschweren. Unter diesen Hindernissen ist aber das entgegengesetzte Bestreben des Untersuchten, wenn er sich der Uebertretung schuldbewußt ist, gerade das wichtigste. Der Mensch, als sinnlich vernünftiges Wesen, strebt seinem niedern Begehrungsvermögen zu Folge nach angenehmen Empfindungen, und nach der Entfernung jedes unangenehmen Eindruckes. Die dem Verbrecher bevorstehende Strafe ist aber ein sein Begehrungs-Vermögen mit Angst und Furcht ergreifendes Uebel, dem er durch alle ihm zu Gebothe stehenden Mittel zu entkommen sucht. Nichts liegt ihm daher näher, als zu verhüthen, daß dem Richter das wahre Verhältniß der Dinge, sonach seine eigene Strafwürdigkeit bekannt werde.

So wie daher der Inquirent ohne alle Nebenabsicht die

reine Wahrheit an den Tag zu fördern verpflichtet ist, so ist es nach der gewöhnlichen Menschennatur das nicht minder lebhafte Bestreben des schuldbewußten Inquisiten, sich durch Verdrehung des Sachverhältnisses und Entstellung der Wahrheit in den Augen des Richters entweder ganz rein, oder doch als minder strafbar darzustellen. Beyder Trachten und Wirken stellt sich daher in dieser Beziehung geradezu entgegen, und nur in jenen Fällen, wo entweder das moralische Gefühl des Beschuldigten noch jenes Aufschwunges fähig ist, daß er reumüthig sein Verbrechen bekennt, und sich der gesetzlichen Strafe, als Sühnung, unterzieht, oder, wo ihn der vorliegende Beweis überzeugt, daß Läugnen fruchtlos wäre, läßt sich ein offenes Geständniß und treue Angabe der Wahrheit erwarten.

Wie mit der That selbst, so verhält es sich auch mit den dieselbe begleitenden Umständen. Kein Verbrechen ist so schwarz, keine Handlung so gräßlich, daß die beredte Eigenliebe des Thäters sie nicht zu entschuldigen oder doch zu beschönigen wüßte. Hieraus ergibt sich die weitere Folge, daß der Inquisit die ihm zur Last fallenden erschwerenden Umstände zu läugnen und zu verdrehen, hingegen die mildernden in einem helleren Lichte darzustellen, oder selbe ganz zu erdichten bemüht seyn wird.

Wenn wir aber diesen Conflict zwischen dem Interesse des Richters (oder eigentlich des Staates, dessen Organ er ist) und des Untersuchten näher betrachten, so ergibt sich bald in rechtlicher Beziehung ein wesentlicher Unterschied in der Natur desselben.

Dem Staate steht das Strafrecht nach unbezweifelten Rechtsprincipien zu, es ist durch den Staatszweck selbst bedingt, und diesem Rechte des Staates gegenüber liegt den Unterthanen die correlate Rechtspflicht ob, wenn sie sich in einem vom Gesetze bestimmten Straffalle befinden, die angedrohte Strafe ohne Widerstand zu erdulden. Aus dem Strafrechte des Staates entwickelt sich aber, als nothwendig damit

verbunden, die Strafgerichtsbarkeit, d. i. das Recht, die Strafgesetze in bestimmten Fällen auf die unterstehenden Individuen in Anwendung zu bringen. Diesem anerkannten Rechte des Staates darf der Unterthan seines eigensüchtigen Interesses wegen nicht hemmend entgegen treten; thut er es dennoch, so verletzt er das Recht des Staates auf Ausübung der Strafgerichtsbarkeit und jenem steht, als nothwendiges Mittel zur Aufrechthaltung dieses Rechtes, es zu, derley Hindernisse von Seite des Inquisiten selbst durch Strafsanctionen zu beseitigen. — Das Interesse des Richters ist sonach ein rechtliches, gesetzmäßiges; jenes des widerstrebenden Inquisiten aber ein widerrechtliches, ungesetzmäßiges, und daher strafbares.

Allein nebst diesen ist noch ein drittes für den Staat sehr wichtiges Interesse nicht unbeachtet zu lassen; nämlich jenes des möglicher Weise schuldlosen Untersuchten. Das Widerstreben gegen den Zweck der Untersuchung kann daher in allen jenen Handlungen des Angeschuldigten nicht gestraft werden, deren Grund auch keine Widersetzlichkeit seyn, sondern in dem Bewußtseyn der Unschuld liegen kann. Daher kann wegen bloßem Läugnen keine Strafe verhängt werden; weil dieses eben sowohl in der Bosheit des Verbrechers, als in dem reinen Gewissen des Schuldlosen begründet seyn kann.

Stellt sich hingegen das Benehmen des Untersuchten als Widersetzlichkeit gegen das Verfahren dar, so ist er strafbar, wenn auch seine Schuldlosigkeit als möglich gedacht werden kann. Der Unschuldige kann sich auch nicht über Unrecht beschweren, weil seine Handlungsweise an sich als Verletzung des Rechtes auf Ausübung der Strafgerichtsbarkeit von Seite des Staates strafbar erscheint. Doch müssen in Bezug auf dieses gesetzwidrige Verhalten alle Bedingungen der Strafzurechnung überhaupt eintreffen.

Man kann daher nicht behaupten: es könne z. B. die gänzliche Verweigerung der Antwort nicht gestraft werden, weil dieses Schweigen auch in dem beleidigten Gefühle der Unschuld seinen Grund haben kann; denn auch der Schuldlose ist

verpflichtet, vor Gericht Rede und Anwort zu geben, widersetzt er sich dieser Anordnung des Staates, so ist er schon deßhalb strafbar.

Aus diesen Betrachtungen ergeben sich daher die Bedingungen, unter welchen die Philosophie des Strafrechts die Zufügung von Ungehorsamsstrafen während des Verfahrens gestattet; diese sind:

1.) Es muß eine Handlung unternommen worden seyn, welche dem Zwecke des Verfahrens hinderlich ist.

2.) Diese Handlung muß wie jede andere Thatsache nach der gewöhnlichen Beweistheorie erwiesen seyn.

3.) Sie muß dem Untersuchten zugerechnet werden können, d. h. in seinem Begehrungsvermögen überhaupt begründet und in der Absicht unternommen worden seyn, um das Verfahren zu hindern, wenn auch dabey der Untersuchte einen andern Endzweck hatte, z. B ungeachtet des Bewußtseyns der Unschuld den Richter absichtlich mit Lügen zu behelligen, um den wahren Thäter eines besonderen Interesse wegen verschweigen zu können.

4.) Die Bestrafung muß sich als das nothwendige und zweckmäßige Mittel darstellen, durch welches der Untersuchungszweck erreicht werden kann. Als das nothwendige, weil, so lange es noch andere, gelindere Mittel gibt, der Richter diese vorerst anwenden muß, und jede früher unternommene Bestrafung schon an sich eine Verletzung der Rechte des Untersuchten wäre; daher kann auch dann von Strafe keine Rede seyn, wenn das Gericht seinen Zweck auf andere Art eben so gut erlangen kann, z. B. wenn ungeachtet der lügenhaften Vorspiegelungen von Seite des Inculpaten schon der gesetzliche Beweis des wahren Thatbestandes vorliegt. Als das zweckmäßige, weil sonst die Bestrafung als ein Act der reinen Willkür erschiene und deßhalb ungerecht wäre.

5.) Endlich darf diese Incidenzstrafe nie ihr Verhältniß zur Hauptstrafe, als bloßes Mittel zum Zwecke überschreiten. Es kann daher die Ahndung des Ungehorsams nie einen Grad

erreichen, welcher selbst im Falle der Verurtheilung über den Untersuchten verhängt worden wäre. Dieses ist besonders in jenen Fällen wohl zu beachten, wo das Gesetz dem Richter beym Ausmaß der Ungehorsamsstrafen einen gewissen Spielraum gestattet, und wo das Maximum leicht so bedeutend seyn kann, daß selbst der schuldig befundene Verbrecher bey einem geringeren Vergehen keine solche Strafe zu erwarten hätte [1]).

Ganz übereinstimmend mit diesen allgemeinen Rechtsprincipien spricht auch unser St. G. B. über Verbrechen im §. 334 des I. Thls. d. St. G. B. folgenden Grundsatz aus:

„Der Hauptzweck des gerichtlichen Verfahrens mit einem Beschuldigten ist, seine Schuld oder Schuldlosigkeit so vor Augen zu legen, daß mit möglichster Zuverlässigkeit darüber geurtheilt werden kann."

Aus diesem gesetzlich ausgesprochenen Zwecke des Verfahrens ergeben sich nun dieselben Folgerungen in Bezug auf Bestrafung widerspenstiger Inquisiten, wie wir sie schon aus der allgemeinen strafrechtlichen Theorie entwickelt haben. Allein das österr. St. G. B. stellt die Fälle dieser Uebertretungsarten und deren Bestrafung nicht in ein Hauptstück zusammen, sondern behandelt selbe dort, wo sie in die einzelnen Theile des Verfahrens eben passend erscheinen.

Allein aus diesem im Eingange des sechsten Hauptstückes gestellten Grundsatze ergibt sich die wichtige Folge, daß bey

---

[1]) Diese Regel ist z. B. bey §. 363 des I. Thls. des St. G. B., wovon später die Rede seyn wird, wohl zu beachten. Nach diesem Paragraphe kann der Untersuchte wegen verstelltem Wahnsinn in 14 Tagen auf fünf Züchtigungen hundert Streiche erhalten. Würde diese Strafe auch bey geringen Vergehen, welche nur mit sechsmonathlicher bis einjähriger Kerkerstrafe belegt sind, in Anwendung gebracht werden, so könnte leicht die Ungehorsamsstrafe strenger als die Hauptstrafe werden.

ihre volle Anwendung. Die durch keinen Arzt in vorhinein berechenbare Wirkung, der ganz verschiedene Eindruck auf das zu strafende Individuum nach seiner physischen und psychischen Individualität, das Empörende und Rohe des Vollzuges, die Abhängigkeit des Strafgrades von der Willkür oder der Geschicklichkeit des Vollziehers, die Gefahr für das etwa noch nicht erstickte Ehrgefühl des Sträflings und noch viele andere Gründe, deren Entwicklung nicht im Plane dieser Abhandlung liegt, dürften genügen, um manchen Praktiker, dessen Gefühl noch nicht mit dem ausgetheilten Prügel erhärtete, zu überzeugen, es sey weit ehrenvoller, den Zweck der Untersuchung durch eine scharfsinnige Inquisition, als durch Schläge zu erreichen.

2.) Bey Ungehorsamsstrafen tritt aber noch der besondere Uebelstand ein, daß bey den dießfälligen Uebertretungen gerade der Richter, dessen Zwecke der Inquisit entgegen arbeitet, der beleidigte Theil ist, und daß daher hier Affecte, unvermeidliche Aufregungen des Gemüthes des Richters weit mehr eintreten, als bey Vergehungen anderer Art, die mit Schlägen bedroht werden. Die Sucht, sich auszuzeichnen, ein Geständniß schnell und vollständig zu erhalten, werden oft selbst den tüchtigen Beamten verleiten, bey Zuerkennung von Züchtigungen minder bedenklich zu seyn.

3.) Noch gefährlicher wird dieses Mittel dort, wo die Untersuchungsgerichte Einzelrichter sind und keine Controlle durch den Amtsvorstand geführt werden kann. Die Schnelligkeit, womit diese Strafe zuerkannt und vollzogen wird, kann leicht unersetzliche Uebel nach sich ziehen. Endlich

4.) dürften sich gewiß die Vorzüge dieser Art von Ungehorsamsstrafen durch eine genaue, umsichtige Untersuchung, durch Aufwand von Ernst, Scharfsinn und Wohlwollen zur

---

Beytrag zur Philosophie des Rechts und insbesondere des Strafrechts. Hamburg 1827, S. 154; endlich den Aufsatz unseres verewigten Zeiller's, in dieser Zeitschrift, Jahrg. 1825, 1. Band, S. 172.

rechten Zeit von Seite des Inquirenten, so wie durch die oben angegebenen humaneren Strafmittel ersetzen lassen. Wahr bleibt es, daß dabey auf Volksbildung und Nationalität stets Rücksicht zu nehmen ist, und daß alle Absprünge in der Legislation gefährlich sind; aber gewiß verdient die Frage, ob die körperliche Züchtigung nicht ganz aus den Strafgesetzbüchern auszumerzen sey, eine gründliche Erwägung [1].

Unser St. G. B. behandelt die Ungehorsamsstrafen nicht in einem besonderen Abschnitte, und bestimmt daher auch keine eigenen Strafarten, sondern diese bestehen in gewissen allgemeinen Schärfungsarten des Arrestes, oder in Entziehung der Freyheit bey Untersuchungen auf freyem Fuße. Uebrigens ist Maß und Gattung bey jeder Uebertretung genau bestimmt und der richterlichen Willkür so viel als immer möglich begegnet. Wir werden daher bey den einzelnen Ungehorsamsfällen auch die Strafen kennen lernen.

§. 4.

Bezeichnung der einzelnen Fälle von Ungehorsamsstrafen nach österr. Criminal-Rechte.

Wenden wir uns nach Vorausschickung dieser Principien auf die einzelnen Verfügungen unseres St. G. B., so dürften sich die in demselben enthaltenen Fälle von Ungehorsamsstrafen in folgende Uebersicht bringen lassen.

Der Untersuchte widersetzt sich entweder I.) dem ganzen Verfahren, oder II.) nur in einem einzelnen Acte. Im ersten

---

[1]) Ich wagte es, auf diese Frage besonders aufmerksam zu machen, da ich durch mehrere Jahre der Praxis die Ueberzeugung erlangte, daß die Fälle, wo Inquisiten nur durch Schläge zurechtgebracht werden können, sehr selten sind, und daß meistens ein ruhiges, umsichtiges Benehmen des Richters weit eher zum Zwecke führt. Warum sollte denn einiger Ausnahmsfälle wegen nicht der Versuch gemacht werden, diese Strafart zu entbehren?

Falle wider, entweder A) durch Entziehung seiner Person aus der Gewalt des Richters, a) durch Flucht, b) durch Selbstmord; B) durch ein dem Verfahren hinderliches Benehmen, als: a) Fingirung einer Krankheit (physischen oder psychischen); b) durch Verweigerung der Antwort.

In einzelnen Acten des Verfahrens richtet sich die Widersetzlichkeit des Beschuldigten entweder A) gegen die Person des Richters und das Ansehen des Gerichtes, oder B) gegen die vorgelegten Fragen, und zwar a) durch Verweigerung der Antwort, b) durch eine unpassende Antwort, c) durch eine lügenhafte Antwort.

Wir wollen demnach die gesetzlichen Vorschriften in diesen einzelnen Fällen in Kürze erörtern.

§. 5.

I. Widersetzlichkeit gegen das ganze Verfahren.

A) Durch Entziehung der Person aus der Gewalt des Richters:

a) Durch Flucht.

Der §. 281 I. Thls. des St. G. B. stellt die Regel fest, daß jeder im Verbrechen Betretene, oder desselben rechtlich Beanzeigte in Criminalverhaft zu nehmen sey; und der §. 306 daselbst enthält die Bedingungen, unter denen ausnahmsweise eine Untersuchung auf freyem Fuße Statt finden kann. Um die Untersuchung mit einem Beschuldigten durchführen zu können, ist seine persönliche Gegenwart wesentlich nothwendig, das sicherste Mittel aber, die Entfernung zu verhindern, ist die Entziehung der persönlichen Freyheit. Allein auch dieses Mittel kann und darf nur insoferne angewendet werden, als selbes der Zweck des Strafprozesses erheischt; daher findet in den Fällen, wo die Freyheit des Untersuchten keine Gefahr für den Fortgang des Verfahrens drohet, dessen Belassung auf freyem Fuße, unter hier nicht zu erörternden Bedingungen Statt.

Sucht sich nun der Inquisit der Untersuchung durch Flucht zu entziehen, so vereitelt er dadurch das erste und wesentlichste

Mittel des Richters, zum Zwecke des Verfahrens zu gelangen, und ist daher strafbar.

Die Art der Flucht kann aber zweyfach seyn. Entweder 1.) entflieht ein Verhafteter durch List oder Gewalt aus seinem Gefändnisse, oder 2.) ein auf auf freyem Fuße Untersuchter vereitelt durch Flucht oder Verborgenhalten das weitere Verfahren.

Ad 1.) Von der Entweichung aus dem Gefängnisse handeln die §§. 330 und 331 des I. Thls. des St. G. B., sie bestimmen: „wenn der Verhaftete zu entweichen versuchet, so soll das Criminalgericht ohne Verzug die vorhandenen Merkmahle in Augenschein nehmen, ihn darüber zur Rede stellen und sogleich nach Verhältniß der Umstände auf eine oder die andere in dem vorigen Paragraphe (329) bemerkte Art (d. i. durch Züchtigung mit Streichen, Fasten bey Wasser und Brot, Anschlagung schwererer Eisen oder engere Ankettung)" bestrafen. In diesem Falle kann die Zahl der Streiche bis auf fünfzig, und das Fasten auf mehrere eingetheilte Tage ausgemessen werden. Dabey ist zugleich die zweckmäßige Anstalt zu treffen, daß den Absichten des Verhafteten zuverläßig vorgebeugt werde. Ueber den Vorgang ist ein Protokoll zu führen und den Untersuchungsacten des Verhafteten beyzulegen."

Die neuere österreichische Strafgesetzgebung betrachtet die Entweichung aus dem Gefängnisse als kein eigenes Verbrechen, wie es in älteren Gesetzen der Fall war.

So finden wir in der Ferdinandeischen Landgerichtsordnung für Oesterreich unter der Enns vom 30. December 1656, Art. 96, dann in der Leopoldinischen Landgerichtsordnung für Oesterreich ob der Enns vom 28. August 1675, III. Theil Art. 36, und in der Theresianischen peinlichen Gerichtsordnung vom 31. December 1768 im 71. Artikel die Entweichung als ein eigenes Verbrechen (effractio carcerum et fuga captivorum) bezeichnet und mit eigenen harten Strafen belegt [1]).

[1]) Die Constitutio crimin. Theres. verordnet im §. 3 des gedachten Artikels: „Die aus dem Gefängniß brechen, oder sich derselben,

Das Strafgesetzbuch Joseph II. vom 13. Jänner 1787, J. G. S. Nr. 611, behandelt die Entweichung eines Gefangenen im III. Capitel §. 80 unter den Verbrechen, die auf den Landesfürsten und den Staat unmittelbare Beziehung haben, bestimmt jedoch nur eine Verschärfung des Arrestes, ohne eines dadurch eigens begangenen Verbrechens zu erwähnen. Der §. 73 der Josephinischen Criminalgerichtsordnung vom 17. Juny 1788, J. G. S. Nr. 848, verhängt auf die versuchte Entweichung eines Criminal-Inquisiten eine arbiträre Leibesstrafe nach dem Ermessen des Richters. Die §§. 352 und 353 des St. G. B. für Westgalizien vom 17. Juny 1796, J. G. S. Nr. 301, enthalten endlich fast wörtlich dieselben Verfügungen, wie die Eingangs erwähnten Paragraphe unseres jetzigen St. G. B.

Daß harte Strafen gegen Entweichung, wenn damit nicht andere Uebertretungen verbunden sind, sich nicht als zweckmäßig darstellen, erhellet daraus, weil durch eine sorgfältige Verwahrung derselbe Zweck erreicht wird, und in den meisten Fällen nur Sorglosigkeit des Aufsichtspersonales oder selbst des Gerichtes die Möglichkeit der Flucht erleichtert. Auch liegt es zu sehr in der Menschennatur und dem Triebe zur Freyheit, sich der Haft zu entziehen, als daß eine zu strenge Ahndung räthlich wäre. Die Anordnung der neueren Gesetzgebung, welche die Flucht nur mit einer Disciplinarstrafe belegt, stellt sich daher als angemessener dar [1]).

---

wie auch der Eisen entledigen, wenn sie wieder betreten werden, sollen nach Gestalt der Sachen mit Verdopplung der verdienten Geld- oder Leibesstrafe, wenn nur letztere über zehn Jahre sich nicht erstrecket, gebüßet, auch nach Schwere der Umstände am Leben gestraft werden." Es blieb sonach das Meiste dem richterlichen Ermessen überlassen.

[1]) Das königl. bayrische Strafgesetzbuch spricht von einer Bestrafung des Untersuchten wegen versuchter oder vollbrachter Entweichung im Artikel 330 des I Thls. nur insoferne, als das Mittel zur Entweichung selbst ein Verbrechen ist. Doch dürfte aus dem Inhalte des 187. Artikels des II. Theils, wo es im Allgemeinen heißt, daß

Wenn wir zur näheren Erörterung der §§. 330 und 331 des St. G. B. I. Thls. schreiten, so haben wir folgende drey Fragepunkte zu erläutern: a) welches ist der Thatbestand einer strafbaren Entweichung; b) welche ist die darauf gesetzte Strafe; c) was tritt dabey für ein Verfahren ein?

Ad a). Der §. 330 spricht zwar nur von einem Versuche der Entweichung und dessen Bestrafung, allein es liegt in der Natur der Sache, daß diese Anordnungen auch bey vollbrachter Flucht, wenn der Entwichene wieder zu Stande gebracht wird, in Anwendung zu treten haben.

Die Thathandlung selbst besteht in einem solchen Benehmen des Inquisiten, wodurch er sich dem Verhafte zu entziehen sucht oder wirklich entzogen hat: Eine Strafbarkeit des Entweichungsversuches scheint aber erst dann einzutreten, wenn dieser an dem Gefängnisse, den Eisen oder sonstigen Verwahrungsmitteln wahrnehmbare Spuren zurückgelassen hat. Dieß erhellt schon aus der Anordnung des §. 330, welcher zu Folge der Richter sogleich den Augenschein vornehmen soll, was nur bey zurückgelassenen Spuren möglich ist. Die bloße Aeußerung des Untersuchten, er wolle entfliehen, berechtiget daher noch zu keiner Bestrafung, da überhaupt das innere Vorhaben (§. 8 d. I. Thls. des St. G. B.), so lange keine äußere böse Handlung damit verbunden ist, als kein Gegenstand bürgerlicher Strafe erscheint; ein Grundsatz, der im ganzen Bereiche unseres Strafrechtes, wo keine ausdrückliche Ausnahme gemacht ist, und gerade bloße Aeußerungen als strafbar erklärt werden, in Anwendung kommt[1]).

---

wegen versuchter Gewalt von Seite des Untersuchten eine Ungehorsamsstrafe verhängt werden kann, zu entnehmen seyn, daß auch eine mit Gewalt gegen die gerichtlichen Verwahrungsmittel unternommene Entweichung strafbar sey, wenn sie auch kein eigenes Verbrechen begründet. Von der Befreyung der Gefangenen durch Andere sprechen die Artikel 328, 329, 418 u. 419 d. I. Thls.

[1]) Würde ein Inquisit seine Mitgefangenen zum Ausbrechen zu bewegen suchen und ein Complott bilden, so würde dadurch nach

Uebrigens bleibt der Richter berechtiget, schon im Falle solcher Aeußerungen, aus denen die Absicht des Untersuchten, sich der Gewahrsame zu entziehen, erhellet, die nöthigen Vorsichtsmaßregeln zu gebrauchen, um der Entweichung vorzubeugen, als: Belegung mit Eisen, öftere Nachsicht u. s. w., weil dieß nur Sicherungsmittel, keineswegs aber Strafen sind. Ganz anders hingegen verhält es sich, wenn der Beschuldigte, um seine Freyheit zu erlangen, ein Mittel wählet, welches in seiner Ausführung an sich den Thatbestand eines Verbrechens enthält, z. B. den Gefangenwärter durch Gewalt oder gefährliche Bedrohung zur Oeffnung des Gefängnisses nöthiget, wodurch das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit (§. 70 I. Thls. des St. G. B.) begangen würde. In einem solchen Falle wäre diese verbrecherische Handlung nach den betreffenden Anordnungen des St. G. B. zu beurtheilen und zu bestrafen, wobey, wenn der Thäter auch des Verbrechens, weßwegen er in Untersuchung stand, schuldig befunden wird, insbesondere der §. 28 des I. Thls. des St. G. B., über Concurrenz der Verbrecher in Anwendung zu bringen ist. Eine besondere Bestrafung der Flucht wegen kann hier nicht eintreten, weil der Thäter sonst wegen einer und derselben Handlung zweymahl gestraft würde.

Ad b) Hier ist zwischen der eigentlichen Strafe und der Maßregeln zur Verhinderung fernerer Attentate zu unterscheiden. Das Letztere gehört zur Manipulation der Gefängnißaufsicht und wird im §. 330 dem Richter zur vorzüglichen Pflicht gemacht. Ob dieß nun durch schwerere Eisen oder sonst eine etwa außerordentliche Vorsichtsmaßregel zu bewerkstelligen sey, hängt von der Einrichtung und Sicherheit der Arreste und der körperlichen Beschaffenheit des Inquisiten ab.

---

§§. 196 — 199 I. Thl. des St. G. B. eine Verabredung zu einem Verbrechen unternommen und die Strafbarkeit eines solchen Attentates wäre nach den Grundsätzen über den criminellen Versuch (§. 7 I. Thls. des St. G. B.) zu beurtheilen.

Hinsichtlich der eigentlichen Bestrafung bezieht sich der §. 330, rücksichtlich des Quale, auf den vorhergehenden §. 329, wo die einzelnen Strafarten vorkommen. Diese sind: körperliche Züchtigung mit Streichen, Fasten und eine, wenn gleich nicht durch die Verwahrung bedingte, schwere Ankettung. Welche von diesen Strafen in den einzelnen Fällen anzuwenden sey, hängt von den Umständen ab, und wird dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen, welcher dabey stets auf die allgemeinen Principien des Strafrechts und insbesondere der Ungehorsamsstrafen Rücksicht zu nehmen hat. Im Allgemeinen wird die Strafe strenger zu bemessen seyn, wenn der Versuch zur wirklichen Ausführung gediehen, oder je näher er zu derselben vorgeschritten ist; wenn die That mit besonderer List und Verwegenheit begangen worden, wenn dem Anschlage nicht leicht vorgebeugt werden konnte, wenn dadurch zugleich an dem Arrestlocale oder den Verwahrungsmitteln ein von dem Inquisiten möglicher Weise vorauszusehender Schade entstanden ist [1]), endlich vorzugsweise, wenn derley Attentate ungeachtet der vorausgegangenen Bestrafung wiederholt wurden. Als mildernd müßte man dagegen betrachten, eine leichte, von selbst entstandene Gelegenheit, Nachläßigkeit des Gefangenwärters, unnöthige Verzögerung der Untersuchung und dadurch verlängerter Arrest, Unerfahrenheit und Geringfügigkeit.

Die Quantität der Strafe ist nur bey der körperlichen Züchtigung in ihrem Maximum bestimmt, und letzteres auf höchstens fünfzig Stock- oder Ruthenstreiche beschränkt. Das Fasten bey Wasser und Brot kann durch mehrere Tage, jedoch nur unterbrochen angewendet werden. Damit jedoch eine körperliche Züchtigung vorgenommen werden kann, muß der Untersuchte vorher von einem Heil- oder Wundarzte beschaut werden, ob er seiner körperlichen Beschaffenheit nach zu dieser Strafe geeignet ist (§. 329 I. Thls. des St. G. B.).

---

[1]) Z. B. durch Beschädigung von Schlössern, Durchbrechen der Mauer, Einschlagen von Oefen u. s. w.

Bey dieser Besichtigung ist es zweckmäßig, daß der untersuchende Arzt das Maximum der Zahl von Streichen angebe, welche der Inquisit zu erdulden vermag, damit der Richter bey der Strafbemessung einen sichern Anhaltspunkt habe. Bey der Verhängung von Fasten oder engerer Anschließung ist im Gesetze keine Beschränkung enthalten, der Richter kann sich daher nur an die vorhandenen mildernden oder erschwerenden Umstände bey der Strafausmaß halten. Nur hat er stets zu beachten:

a) daß sich die Ungehorsamsstrafe nur auf die Zeit des Untersuchungsarrestes erstrecken und dieser deßhalb nie verlängert werden darf; und

b) daß jederzeit (nicht bloß bey der körperlichen Züchtigung) auf den Gesundheitszustand und die somatischen Verhältnisse des Untersuchten Rücksicht zu nehmen ist, und nie eine Strafe zugefügt werden darf, welche dem Ersteren Gefahr drohet. In jedem zweifelhaften Falle wird daher der Richter vorsichtig handeln, wenn er sich einen ärztlichen Befund verschafft, z. B. bey der Anschließung schwangerer Weibspersonen u. s. w.[1]).

Ad c). Was endlich das Verfahren anbelangt, so sind die Hauptheile: die Erhebung des Thatbestandes, die Untersuchung des Beschuldigten, die Fällung und Vollziehung des Erkenntnisses. Die Erhebung des Thatbestandes sowohl als das ganze Verfahren ist verschieden, je nachdem die Entweichung nur versucht oder vollbracht war.

Wird dem Gerichte die Anzeige einer versuchten Entweichung eines Inquisiten gemacht, so ist sogleich der Local-

[1]) Die besonderen gesetzlichen Vorschriften, welche sich auf den Vollzug einer zuerkannten körperlichen Züchtigung beziehen, gehören als ganz allgemeine Normen nicht hierher, und sind in den Hofdecreten vom 4. Februar 1803, J. G. S. Nr. 951; 24. April 1812, J. G. S. Nr. 986; 28. August 1812, J. G. S. Nr. 1003; 22. October 1812; 19. July 1811, J. G. S. Nr. 951; und 4. August 1813 zu finden.

augenschein vorzunehmen, und hierüber ein Protokoll zu führen. Hierauf sind alle Personen abzuhören, welche auf die Entweichung Bezug habende Daten angeben können, zuletzt der Inculpat selbst. Dieser ist vorzugsweise über die Ursache seiner Entweichung, die Art, wie er selbe bewerkstelliget hätte, und wer ihm etwa dabey behilflich war, genau und umständlich zu vernehmen. Das Augenmerk des Richters muß hierbey nicht bloß auf Herstellung eines Beweises über den Entweichungsversuch, sondern auch auf die Erhebung aller jener Umstände gerichtet seyn, woraus die Mängel in der Verwahrung des Inquisiten und die etwaige Nachlässigkeit des Gerichtsdienerpersonales erhellet. Daß zugleich auch künftigen Attentaten kräftig vorzubeugen ist, versteht sich von selbst.

Ist der Thatbestand vollständig erhoben, die Schuld des Inquisiten hinlänglich dargethan, so hat das Criminalgericht selbst nach §. 330 die Strafe zu bemessen, hierüber einen Beschluß zu fassen, der bey regulirten Gerichten in der Rathssitzung vorzutragen ist, und dieses Erkenntniß zu vollziehen. Doch soll jederzeit über den ganzen Vorfall dem Obergerichte die Anzeige unter Vorlage der Acten erstattet werden (Hofdecret vom 17. May 1819 an das küstenländische Appellations-Gericht, J. G. S. Nr. 1563, und Hofdecret vom 21. December 1822, an die Appellations-Gerichte von Böhmen und Mähren, J. G. S. Nr. 1916). Obschon diese Hofdecrete nicht an sämmtliche Appellations-Gerichte erlassen wurden, so sind sie doch ihrer Aufnahme wegen in die legale Justizgesetzsammlung, und wegen der gleichmäßigen Erlassung in ganz verschiedenen Provinzen als allgemein gültig anzusehen.

Die Frage: ob der Inquisit gegen das Erkenntniß des Untersuchungsgerichtes noch einen Recurs an den Oberrichter ergreifen könne, scheint, obschon dafür keine besondere gesetzliche Vorschrift spricht, bejahend beantwortet werden zu müssen; weil man nicht annehmen kann, daß es dem Sinne unserer milden und weisen Gesetzgebung angemessen sey, den Inquisiten in was immer für einem Theile des Verfahrens der

Kreis-Criminal-Gerichte in Böhmen und Mähren gerechnet werden und den übrigen nicht regulirten Criminal-Gerichten zu unterscheiden. Allen liegt die Verpflichtung zur Anzeige an das Kreisamt (im lombardisch-venetianischen Königreiche an die kön. Delegation der Provinz) ob; bey den Ersteren steht jedoch die Leitung der Untersuchung dem Justizbeamten (also dem vom Criminal-Gerichte bestimmten Untersuchungs Commissär), bey den Letzteren hingegen nur dem abzuordnenden Kreiscommissäre zu. Diese Untersuchung hat sich mit Ausnahme der nothwendigen Mittel zur Habhaftwerdung des Flüchtlings, auf alle jene Punkte zu erstrecken, welche schon bey der versuchten Entweichung angegeben wurden; vorzugsweise auf die Mängel der Arreste und die Strafarbeit des Aufsichtspersonales, allenfalls des Gerichtes selbst. (Siehe sämmtliche oben citirte Verordnungen). Ueber den ganzen Vorfall wird ein Protokoll geführt und bey den erstgenannten l. f. Criminalgerichten sowohl hinsichtlich der nothwendigen Localverfügung, als der allenfalls zu verhängenden Strafen von diesen selbst einverständlich mit dem Kreise der Antrag gestellt und sowohl der Landesstelle als dem Criminal-Obergerichte vorgelegt, welchen die gemeinsame Entscheidung zusteht. Bey den übrigen Criminal-Gerichten hat das Kreisamt allein seinen Vorschlag der Landesstelle vorzulegen, welche sich mit dem Obergerichte ins Einvernehmen setzt und den Gegenstand sonach erledigt[1]).

Was die Strafe gegen den Flüchtling anbelangt, so kann der dießfällige Untersuchungsact, wenn er noch nicht eingebracht ist, auch noch keine Strafbemessung enthalten. Wird er aber in der Folge eingeliefert, so verhängt selbe, da keine specielle Anordnung eine Ausnahme vom §. 330 enthält, das Criminal-Gericht für sich allein.

---

[1]) Welche Strafen auf die Nachlässigkeit des Gefangenwärters, oder selbst des Gerichtes gesetzt sind, ist kein Gegenstand dieser Abhandlung.

§. 6.

Fortsetzung.

Ad 2.) Alle bisher erörterten Vorschriften haben nur die Entweichung eines Eingekerkerten zum Gegenstande, ein ganz anderes Verfahren tritt daher ein, wenn eine nach §. 306 I. Thls. des St. G. B. auf freyem Fuße untersuchte Person der Flucht verdächtig wird, oder selbe wirklich ergreift.

Der vorgedachte §. 306 enthält zwar dießfalls gar keine Bestimmung, allein aus der in demselben sub lit. b gesetzten Bedingung der Belassung auf freyem Fuße erhellet genau, wie sich das Gericht in diesem Falle zu benehmen habe. Die Untersuchung ohne Haft findet als Ausnahme von der Regel des §. 281 des St. G. B. I. Thls. nur in dem Falle Statt, wenn der Beinzichtigte eine bekannte, der Entfliehung halber unverdächtige Person ist. Fällt diese Bedingung weg, so hört auch der Anspruch auf Befreyung vom Criminal-Verhafte auf, und es tritt die Regel des §. 281 wieder in Wirkung. Ergreift daher ein auf freyem Fuße befindlicher Inquisit die Flucht, oder was dasselbe ist, hält er sich absichtlich verborgen (was durch Ergreifung solcher Mittel geschieht, durch welche verhindert wird, daß der Richter seinen Aufenthalt erfährt), so muß der Richter sogleich alle (bereits oben erwähnten) Maßregeln ergreifen, um des Flüchtigen habhaft zu werden, oder den Verborgenen auszuforschen. Wird dieser zu Stande gebracht, so findet die Fortsetzung der Untersuchung nur im Verhafte Statt, weil, wie schon bemerkt, die Bedingung der Freylassung weggefallen ist. Alle übrigen bey der Flucht eines Inquisiten gesetzlich vorgeschriebenen Erhebungen finden hier nicht Statt.

Eben so wenig kann gegen den zu Stande Gebrachten eine Strafe verhängt werden, weil einerseits das Gesetz in den §§. 330 und 331 eine solche nur gegen flüchtige Verhaftete ausspricht, anderseits aber der Verlust der Freyheit während der übrigen Untersuchungszeit ohnehin eine empfindliche Strafe ist.

Wird hingegen ein nicht verhafteter Inquisit nur der Flucht **verdächtig**, d. h. treten solche Umstände ein, welche mit Grund die Absicht des Untersuchten, sich dem Verfahren durch Entweichung zu entziehen, erkennen lassen, z. B. Bestellung einer Reisegelegenheit, heimliche Versendung von Fahrnissen u. dgl., so wird der Richter sich dessen Person bemächtigen, den Grund oder Ungrund des Verdachtes erheben, und im ersten Falle die Untersuchung aus den bey der wirklichen Flucht erörterten Gründen mit Haft fortsetzen, im letzteren aber den Inquisiten wieder auf freyen Fuß stellen[1]).

§. 7.

b) Durch Selbstmord.

Wenn der Untersuchte sich dem weiteren Verfahren und der allenfalls zu gewärtigenden Strafe durch Selbstmord zu entziehen sucht, so muß unterschieden werden, ob es bey dem bloßen **Versuche** geblieben, oder ob ihm die **Ausführung** gelungen ist.

Ad 1.) Im Falle eines bloß versuchten Selbstmordes finden wir zwar in dem I. Thl. des St. G. B. selbst keine Verfügung, doch ergibt sich das zweckmäßige Benehmen des Richters aus den §§. 90 und 91 des II. Thls des St. G. B. in Verbindung mit dem Zwecke des ganzen Verfahrens wohl von

---

[1]) Ein, bey Untersuchungen auf freyem Fuße noch möglicher Fall des Ungehorsams dürfte hier am zweckmäßigsten besprochen werden. Nämlich das Nichterscheinen des Inquisiten auf die gerichtliche Vorladung. Ich glaubte diesen Fall nur nebenher erwähnen zu dürfen, weil hier eine Ungehorsamsstrafe nicht nothwendig und daher auch unzuläßig ist, weil der Untersuchungszweck troß dieser gesetzwidrigen Weigerung dennoch durch die Stellung des Beschuldigten mittelst Wache erreicht werden kann, ohne noch weiter eine Strafe zu erheischen. Sollte er sich aber auch der Wache widersetzen, so macht er sich nach Umständen einer eigenen schweren Polizey-Uebertretung oder selbst eines Verbrechens schuldig (§. 70 des I. und §. 72 des II. Thls. des St. G. B.).

selbst. Vor Allem werden solche Maßregeln zu ergreifen seyn, die künftigen Attentaten dieser Art vorbeugen. Die Verhängung einer Strafe deßhalb läßt sich aber nicht rechtfertigen, weil im Gesetze nirgends eine solche Verfügung enthalten ist, sich auch eine Bestrafung unter solchen Umständen gar nicht als räthlich darstellt. Bey dem Selbstmordversuche eines Inquisiten liegt die veranlassende Ursache gewöhnlich entweder in dem drückenden Gefühle der Schuld, welches oft, besonders bey Menschen von verschobenen und verbildeten Charakteren, eine solche mystische Wendung nimmt, daß sie sich des schuldbewußten Lebens unwerth halten, und sich durch den Tod mit dem beleidigten Gewissen aussöhnen wollen; oder noch häufiger in der Furcht vor Schande, besonders in jenen Fällen, wo öffentliche Kundmachung oder Vollziehung der Strafe bevorsteht [1]). Ein anderer Beweggrund tritt bey Inquisiten nur ausnahmsweise ein. Diese Quellen des Selbstmordes liegen aber mehr oder weniger in dem Selbstbekenntnisse der Schuld, und stehen daher dem Untersuchungsgeschäfte nicht so hinderlich im Wege. Auch lehrt schon die Polizeywissenschaft, daß angedrohte Strafen auf den Selbstmordversuch nicht von Wirkung sind, weil nothwendiger Weise bey einem solchen Attentate überwundene Todesfurcht gegen andere Strafen gewiß gleichgültig macht, höchstens aber den Thäter bestimmt, ein Mittel zu wählen, das sicher zum Zwecke führt, um im Falle des Mißlingens der Strafe zu entgehen.

Hingegen werden (wie die §§. 90 und 91 d. II. Thl. d. St. G. B. anordnen) vernünftige Vorstellungen über seine alle Pflichten verletzende Handlung, ernstes wohlwollendes Andringen, die zu gewärtigende Strafe als das zweckmäßigste Mittel anzusehen, sich mit der beleidigten bürgerlichen Gesellschaft aus-

[1]) Von dem Falle der Verzweiflung bey zuerkannter Todesstrafe dürfte jetzt wohl kaum eine Rede seyn, da die Strafarten humanerer Natur sind, und nur die grausamen Schärfungen der Vorzeit öfter den Verurtheilten zur Verzweiflung brachten.

zusöhnen, die Aufforderung zu einem offenen Geständnisse bey läugnenden Inquisiten, endlich ein guter Unterricht in der Religions- und Sittenlehre, ihren Zweck selten verfehlen, und ein gesetzmäßiges ruhiges Betragen zur Folge haben.

Befindet sich der Untersuchte auf freyem Fuße, so kann wegen eines solchen Attentats allein die Fortsetzung der Untersuchung mit Verhaft noch nicht gerechtfertigt werden. Wohl aber wird die politische Behörde, wenn selbe nicht ohnehin zugleich Criminalgericht ist, ihn nach Umständen, ohne Störung der Untersuchung unter Aufsicht stellen, allenfalls auch in polizeyliche Gewahrsame bringen, bis sie sich von der Besserung seines Willens überzeugt hat [1]).

§. 8.

Fortsetzung.

Ad 2.) Ist der Selbstmord aber wirklich vollbracht worden, so treten nach Umständen bald die Anordnungen der §§.

---

[1]) Daß das Erkenntniß über die Strafbarkeit des Selbstmordes hier so wie in dem gleich nachfolgendem Falle der politischen Behörde zugewiesen wird, scheint durch den §. 29 des I. Thls. vollkommen gerechtfertigt. Weil nur jene schwere Polizey-Uebertretungen, die mit einer Arreststrafe oder körperlichen Züchtigung, wenn sie cumulativ mit einem Verbrechen vorkommen, von dem Criminal-Gerichte untersucht und bestraft werden. Auf den Selbstmord ist aber keine Arreststrafe gesetzt, sondern nur eine Art Versicherung vor ferneren Attentaten und ein milder Besserungsversuch; das ist aber kein Gegenstand einer criminalgerichtlichen Amtshandlung, eben so wenig die Verscharrung der Leiche durch die Gerichtsdiener beym vollbrachten Selbstmorde. Man werfe mir keine Inconsequenz vor, wenn ich, im Falle eines solchen Versuches durch einen arretirten Inquisiten, dessen Ablieferung an die politische Behörde nicht zugebe; denn hier ist ja der polizeyliche Zweck der Aufsicht schon erreicht und die Belehrung kann ihm durch den Seelsorger des Criminalgerichtes auch werden. — In dem später zu behandelnden Falle des §. 203 des I. Thls. des St. G. B. endlich wird auch nur die Kundmachung des Urtheils durch das Criminal-Gericht, die Verscharrung der Leiche aber durch die politische Behörde geschehen.

202 und 203 des I. bald jene des §. 92 des II. Thls. in Anwendung.

Der §. 202 des I. Thls. des St. G. B. stellt den allgemeinen Grundsatz auf, daß durch den Tod des Thäters, selber mag vor, während oder nach geschlossener Untersuchung erfolgen, Verbrechen und Strafe erlöscht.

Uebrigens hat das Criminal-Gericht, wenn die gleich zu erörternden Bedingungen des §. 203 des I. Thls. des St. G. B. nicht eintreten, den Vorfall der politischen Behörde anzuzeigen, damit selbe nach §. 92 des II. Thls. des St. G. B. über die Versagung des christlichen Begräbnisses entscheide, insoferne nämlich, als die That nach den erhobenen Umständen mit Ueberlegung geschehen, und daher zurechenbar erscheint. Die Leiche des Selbstmörders wird in diesem Falle außer der gewöhnlichen Begräbnißstätte von gerichtlichen Dienern verscharrt.

Unter gewissen Umständen genügt es jedoch der Strafgesetzgebung mit dieser polizeylichen Maßregel nicht, und die Erreichung mancher Nebenzwecke der Strafe erheischt noch andere Anordnungen.

Schon in der Ferdinandeischen Landgerichts-Ordnung für Nieder-Oesterreich finden wir im 69. Art. die Anordnung, daß, wenn sich ein Uebelthäter im Gefängniß selbst zu entleiben versucht, er darum schwer gestraft werden solle (§. 10 des 69. Art.); wenn aber ein solcher sich im Gefängniß, um schwerer Strafe zu entgehen, selbst entleibt, so soll Andern zum Exempel aus besonderer Ursache, der Leichnam auf den Scheiterhaufen geworfen und verbrannt, oder auf das Rad gelegt, oder aufgehenkt werden (§. 2 daselbst). Außerdem wurde nur der Cadaver auf dem Schinderkarren ausgeführt und bey dem Hochgerichte verscharrt. Eine ganz gleiche Bestimmung enthält der 11. Artikel des II. Thls. der Leopoldinischen L. G. O. für Oesterreich ob der Enns.

Auch in der peinlichen Gerichtsordnung Maria Theresia's im vierten Artikel §. 16 und im 93. Artikel sind ähnliche An-

ordnungen enthalten, nur werden die Bedingungen näher bezeichnet, von denen die Zufügung der Strafe an dem todten Körper abhängt; darunter ist vorzugsweise der vorliegende Beweis der Uebelthat durch das Geständniß oder sonst dergestalt, daß der Thäter, wäre er am Leben geblieben, nach dem Gesetze mit dieser Strafe hätte belegt werden müssen. Treten alle Erfordernisse ein, so gestattet sie den Vollzug jeder Strafe, so weit selbe an dem todten Körper in Anwendung kommen kann.

Nach dem St. G. Joseph des II. vom 13. Jänner 1787, §§. 123 und 124, ist der absichtlich vollbrachte Selbstmord mit Einscharrung durch den Schinder verpönt, und beygesetzt, daß, wenn die That in der Absicht geschah, um sich dadurch der Strafe eines begangenen Verbrechens zu entziehen, der Name des Selbstmörders und der Inhalt seines Verbrechens, soweit selbes als erwiesen angesehen werden kann, an den Galgen geschlagen und allgemein kundgemacht werden soll. Das St. G. B. für Westgalizien enthält dießfalls keine besondere Bestimmung. Der §. 203 unseres gegenwärtigen St. G. B. aber verfügt, daß unter der Voraussetzung gewisser Bedingungen gegen den Selbstmörder das Urtheil eben so kundzumachen sey, wie gegen einen abwesenden oder flüchtigen Verbrecher.

In dieser Hinsicht verordnet der §. 498 des I. Thls. des St. G. B.: „es sey an einem zur Vollziehung öffentlicher Strafen bestimmten Orte ein Pfahl, oder wenn die Todesstrafe verhängt ist, ein Galgen zu errichten, und daselbst das Strafurtheil dergestalt anzuschlagen, daß es die Vorübergehenden leicht lesen, aber Niemand abreißen oder sonst vertilgen könne. Das Urtheil ist durch drey aufeinander folgende Tage also angeheftet zu lassen, nebstdem dreymahl in die Zeitungsblätter der Provinz einzurücken, wo es erlassen worden."

Das gleiche Verfahren tritt gegen einen Inquisiten ein, der sich der Strafe durch Selbstmord entzogen hat, wenn nachstehende Bedingungen vorhanden sind:

a) Das Verbrechen muß großes Aufsehen erweckt haben. Dieses ist aber dann der Fall, wenn die dasselbe be-

gründende That zur Kenntniß vieler Menschen gelangt, und dergestalt das natürliche Rechtsgefühl empört, daß sich die allgemeine Mißbilligung und der Wunsch nach Bestrafung des Thäters in den Tagsgesprächen äußert. Dieß wäre z. B., wenn die That mit solcher Kühnheit verübt wurde, daß, so lange man des Thäters nicht habhaft war, allgemeine Sorge über ähnliche Attentate entstand, oder wenn die Grausamkeit der That, die Verletzung mehrseitiger Pflichten allgemeinen Abscheu erregt u. s. w.

b) Die That muß gesetzlich bewiesen seyn. Es muß daher die Untersuchung schon so weit gediehen seyn, daß gegen den Inquisiten entweder durch sein Geständniß, durch Zeugen, oder durch Zusammentreffen der Umstände der Beweis bereits hergestellt ist oder doch leicht und sogleich hergestellt werden kann. Ob auch alle Nebenumstände, auf welche bey einer vollständigen Untersuchung hätte Rücksicht genommen werden müssen, erhoben sind oder nicht, ändert nichts, wenn nur gesetzlich dargethan ist, daß das angeschuldete Verbrechen wirklich begangen worden, und daß der Untersuchte der Thäter ist.

c) Der Selbstmord muß im zurechnungsfähigen Zustande begangen worden seyn. Hätte daher der Thäter erst während der Untersuchung den Gebrauch der Vernunft verloren und in diesem Zustande sich selbst entleibt, so kann der §. 203 nicht in Anwendung treten, weil der Begriff des Selbstmordes nur eine absichtliche Tödtung in sich schließt. Auch spricht der §. 445 des I. Thls. des St. G. B. offenbar für diese Ansicht, da er bestimmt, daß während der Dauer einer Sinnesverwirrung keine Kundmachung des Urtheils Statt finden kann. Wenn sonach dadurch selbst an dem lebenden Inquisiten der ordentliche Vollzug des Urtheils gehemmt wird, um wie vielmehr muß dieß nicht noch bey der außerordentlichen Publication nach §. 498 der Fall seyn? Endlich

d) scheint dieses Verfahren nur in jenen Fällen Platz greifen zu können, wo die auf das Verbrechen gesetzmäßig entfallende Strafe die Dauer von fünfjährigem Kerker überschrei-

tet. Diese Bedingung ist freylich in den §§. 203 und 498 des I. Thls. des St. G. B. nicht enthalten, sie geht jedoch aus der Zusammenstellung derselben mit den §§. 450 — 452 offenbar hervor. Schon der §. 498 bestimmt, daß die Kundmachung in diesem Falle auf dem sonst zur Vollziehung öffentlicher Strafen bestimmten Orte geschehe. Es stellt also das Gesetz die Publicirung dieser Art von Strafurtheilen den öffentlichen Kundmachungen überhaupt gleich, nach §§. 450 — 452 findet aber die öffentliche Ankündigung eines Criminal-Urtheils nur dann Statt, wenn selbes auf den Tod oder eine längere als fünfjährige Kerkerstrafe lautet. Es wäre auch kein Grund abzusehen, warum die besondere Schmach der öffentlichen Verlautbarung des Urtheils gegen denjenigen, der sich dem Verfahren durch Selbstmord entzogen hat (oder was dasselbe ist, gegen einen Abwesenden oder Flüchtigen), selbst in denjenigen Fällen eintreten sollte, wo das im ordentlichen Verfahren ergangene Urtheil nur innerhalb des Gerichtshauses wäre kundzumachen gewesen. Wenn ein Verbrechen noch so viel Aufsehen gemacht hat (z. B. eine mit besonderer Grausamkeit verübte schwere Verwundung), so gestattet doch kein Gesetz eine öffentliche Ankündigung des Urtheils, wenn dieses sonst nach §§. 450 und 451 des I. Thls. des St. G. B. dazu nicht geeignet war; warum sollte nun in unserem Falle, von dem Systeme der Gesetzgebung abweichend, eine Ausnahme gemacht werden? Als Strafe des Selbstmordes wäre ein solcher Zusatz unzulässig, weil nach §. 92 des II. Thls. des St. G. B. schon durch die Versagung des christlichen Begräbnisses die öffentliche Mißbilligung einer solchen Handlung ausgesprochen wird; eine strengere Strafe aber im vorliegenden Falle nirgends angedeutet und nach VI. der Einleitung nicht gestattet ist. Wollte man aber in dieser Kundmachung nur einen Vollzug jener Strafe sehen, die den Verbrecher getroffen hätte, wenn er noch am Leben wäre, so stellt sich ohnehin die entgegengesetzte Ansicht als unhaltbar dar; da man noch weniger annehmen darf, der milde Gesetzgeber habe hier einen nur die schuldlose Familie

brandmarkenden Zusatz machen wollen, der selbst im ordentlichen Prozesse nicht Statt gefunden hätte. — Endlich erhellet schon aus dem oben angeführten ersten Erfordernisse die Richtigkeit dieser Behauptung, nämlich weil das Verbrechen großes Aufsehen erregt haben soll. In der Regel ist dieß aber nur bey großen Verbrechen der Fall, die ohnehin mit einer längeren als fünfjährigen Kerkerstrafe bedroht sind. Einzelne denkbare, aber selten vorkommende Ausnahmsfälle können nicht beachtet werden, weil Gesetze nur für die Regel, nicht aber für abnorme Fälle gegeben werden.

§. 9.

B) Durch ein Benehmen, wodurch das Verfahren mit den Anwesenden vereitelt wird; als: a) Simulirung eines krankhaften Zustandes, und zwar: 1.) einer psychischen Krankheit.

Wenn auch die Natur der Seelenkrankheiten sowohl nach ihren Abstufungen, als auch nach der verschiedenen Richtung, in welcher die Geistesthätigkeit gestört wird, vielfach ist, so kommt es hier doch nur auf einen doppelten Unterschied an; entweder stellt sich der Untersuchte dergestalt geisteskrank, daß dadurch jede Zurechnung (wenn der Zustand wahr wäre) ausgeschlossen, und sonach die ganze Untersuchung zwecklos erscheint, oder er fingirt einen minderen Grad von Geisteszerrüttung, der diese Wirkung nicht hat, und höchstens nach §. 39 lit. a) I. Thls. des St. G. B. einen mildernden Umstand bildet.

Nur von dem ersten Falle kann hier die Rede seyn, weil der zweyte nicht gegen das ganze Verfahren gerichtet ist, sondern wie ein anderer lügenhaft vorgebrachte einzelne Umstand zu betrachten ist, wovon später die Rede seyn wird.

In älteren Strafgesetzen Oesterreichs finden wir über den verstellten Irrsinn keine specielle Anordnung; erst im §. 34 des 31. Artikels der peinlichen Gerichtsordnung Maria Theresia's ist die Verfügung enthalten, daß, wenn sich der Gefangene närrisch (oder stumm) stellet, zur Entdeckung des Betruges

vor Allem sein Thun und Lassen durch den Gefangenwärter und Wächter heimlich auszuforschen, und nöthigenfalls die wahre Beschaffenheit der Sache durch geschickte Leib- und Wundärzte ausfindig zu machen, und im Falle einer boshaften Verstellung wie bey verweigerter Antwort vorzugehen, d. h. Bericht an das Obergericht zu erstatten, und dessen Belehrung einzuholen sey.

Die Josephinische Criminal-Gerichts-Ordnung vom 17. Juny 1788, J. G. S. Nr. 848, bestimmt im §. 109 (ähnlich mit der Anordnung unseres St. G. B.), daß „im Falle einer mit auffallender Sinnesverwirrung ertheilten Antwort der Inquisit zuerst durch zwey Aerzte oder Wundärzte untersucht werden soll, die ihr schriftliches Gutachten abzugeben haben, ob der Wahnsinn wahr oder Verstellung sey. Im letzten Falle ist der Untersuchte nach vorausgegangener Warnung mit Stockstreichen zu bestrafen. Diese werden, so lange die Verstellung dauert, von drey zu drey Tagen immer nach vorausgehender Warnung wiederholt, und dergestalt damit angehalten, daß mit zehn Streichen der Anfang gemacht, die Anzahl jedesmahl mit fünf vermehrt, und bis auf dreyßig Streiche hinaufgestiegen, auch damit so lange fortgefahren wird, bis der Untersuchte von der Verstellung abläßt. Ist aber die Sinnesverwirrung wahr oder zweifelhaft, so ist die Belehrung des Obergerichtes einzuholen, und dem Berichte die Beobachtungen des Richters und Gefangenwärters beyzulegen.

Ganz gleichlautend ist auch die dießfällige Anordnung des westgal. St. G. B. vom Jahre 1796. — Der §. 363 des I. Thls. des St. G. B. enthält jedoch einige Abweichungen und bezeichnet das Verfahren des Gerichtes genauer.

Mangel an Willenskraft und Gebrauch der Vernunft, selber mag sich in was immer für einer Form aussprechen, schließt die Zurechnungsfähigkeit aus, und stellet sonach die ganze Untersuchung als zwecklos dar. Die fälschliche Annahme eines solchen Zustandes ist daher eine Verletzung des Rechtes des Staates auf Ausübung der Strafgerichtsbarkeit, und

daher an sich strafbar. Um jedoch den Beschuldigten wegen verstelltem Irrsinne mit einer Strafe belegen zu können, ist es vor Allem nothwendig, daß der Umstand der Verstellung gesetzlich bewiesen sey. Dieser Beweis kann aber nur durch kunstverständige Aerzte geführt werden. Denn, wenn auch oft gewöhnliche Menschenkenntniß oder doch die theoretisch empyrisch gebildete Psychologie des Richters ausreichen würde, um mit voller Ueberzeugung die Verstellung des Inquisiten zu erkennen, so ist doch in den meisten Fällen eine tiefere Einsicht in die menschliche Natur, ein vollendetes Studium der Physiologie und jedenfalls eine dießfalls gesetzlich anerkannte Kenntniß nothwendig. Diese wird aber nur bey den legal authorisirten Aerzten und Wundärzten rechtlich vermuthet. Daher verordnet der §. 363, daß, wenn der Verhaftete Zeichen der Sinnesverwirrung äußert, derselbe zuerst durch zwey Aerzte und Wundärzte zu untersuchen sey, welche ihr Gutachten schriftlich zu geben haben, ob der Anfall wahr oder nur Verstellung sey.

Aller Beweis im Civil- und Criminal-Prozesse verschafft uns keine apodictische Gewißheit, sondern nur einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit. Die humane Gesetzgebung suchte sich daher in diesem wichtigen Falle die möglichste Gewißheit zu verschaffen, ob der Inquisit sich verstelle oder nicht, um ja nicht mit den nothwendig strengen Zwangsmitteln gegen die Verstellung einen möglicher Weise wirklich Sinnlosen und daher Unschuldigen zu belegen. Daher fordert sie das Gutachten von zwey Aerzten und zwey Wundärzten [1]).

Es wird zwar in einem ausgezeichneten Commentare unseres Strafgesetzes [2]) und selbst hie und da durch die Ansicht der Praxis die Behauptung gerechtfertiget, daß im §. 363 statt des gesetzlichen Ausdruckes „durch zwey Aerzte und Wund-

---

[1]) S. Jenull, a. a. O., 3. Band, S. 345.

[2]) S. Ritter v. Egger's kurze Erklärung des österr. Gesetzbuches über Verbrechen, 2. Band, S. 136.

ärzte" eigentlich „oder" zu lesen, und dieß dahin zu verstehen sey, daß, im Falle keine Heilärzte vorhanden seyen, auch Wundärzte genügten. Als Gründe dafür werden angeführt:

a) Die parallele Anordnung der Josephinischen Criminal-Gerichts-Ordnung §. 109, welche, so wie auch der §. 385 des westgal. St. G. B., statt „und" den Ausdruck „oder" enthält.

b) Die italienische Ausgabe unseres St. G. B., wo in der correspondirenden Stelle auch der Ausdruck „oder" gebraucht wird; und

c) die große Schwierigkeit, welche sich der Ausführung dieser Maßregeln, besonders am Lande, wo eine solche Anzahl von Aerzten und Wundärzten oft gar nicht aufzutreiben wäre, entgegenstellt.

Demungeachtet scheint es zweckmäßiger zu seyn, bey dem Wortlaute des Gesetzes zu bleiben, indem aus der entgegengesetzten Ansicht vielleicht manche nicht minder wichtige Bedenken resultiren.

Die Gründe für unsere Meinung dürften in Folgendem liegen:

1.) Die Setzung des Bindewortes „oder" statt „und" ist eine Emendation des Gesetzes, wodurch der Sinn desselben geändert wird, indem „und" die Copulative, „oder" aber die Disjunctive bezeichnet. Eine solche Interpretation gegen das Wort des Gesetzes darf aber nur dann Statt finden, wenn sich dasselbe auf keine andere vernünftige Art erklären läßt, und die wörtliche Auslegung zu einem offenbaren Unsinne führt, so daß man nicht annehmen kann, der Gesetzgeber habe diese Stellung der Worte gewollt, sondern es müsse nothwendig ein Irrthum oder Druckfehler zum Grunde liegen. Nur unter solchen Umständen kann eine Gesetzesemendation gerechtfertigt werden. Dieß Alles ist aber hier nicht der Fall. Im Gegentheile ist die wohlthätige Sorge des Gesetzes, in einer so wichtigen und schwierigen Sache mit möglichster Umsicht zu Werke zu gehen, Grund genug, bey dem klaren Wortlaute des §. 363 stehen zu bleiben.

2.) Möchte die entgegengesetzte Ansicht leicht zu einer Inconvenienz führen. Liest man nämlich statt „und" „oder," so muß man auch zugeben, daß die Frage, ob der Wahnsinn wahr oder verstellt sey, bloß durch zwey Wundärzte entschieden werden könne. Nun ist aber die wissenschaftliche Ausbildung der Chirurgen nach unserem Studienplane nicht von der Art, daß man die Lösung dieser, oft dem gebildetsten Arzte und Psychologen schwierige Frage mit Gründlichkeit von ihnen erwarten könnte. Ihnen fehlt das tiefere Studium der Psychologie, ja selbst die wichtigsten Zweige der Heilkunde, die gerade hier in Anwendung kommen, bilden keine ordentlichen Gegenstände des chirurgischen Lehrcurses. Man kann daher nicht glauben, der Gesetzgeber habe ihnen die Beantwortung dieser Frage überlassen wollen. Dieß erhellet noch klarer, wenn man auf die vielen gesetzlichen Anordnungen zurückblickt, welche alle gerichtlichen Leichenbeschauen nur unter der Leitung des öffentlichen Sanitätsbeamten vorzunehmen gestatten [1]), nämlich des Kreis- oder Bezirksarztes; und doch genügte bey gerichtlichen Sectionen, die in der Regel nur gründliche anatomische Kenntnisse voraussetzen, weit eher eine tüchtige chirurgische Ausbildung, als bey der Erforschung des oft tiefverborgenen Wahnsinnes, und bey der Beobachtung jener unendlich feinen Beziehungen, in denen die Krankheiten des Geistes mit den äußeren, somatischen Erscheinungen stehen.

3.) Findet sich für diese Ansicht sogar eine Erläuterung, welche freylich nur von dem k. böhm. Appellationsgerichte im Einverständnisse mit dem Gubernium erlassen wurde, aber doch die Criminalgerichte einer ganzen Provinz verbindet, und

---

[1]) S. die Leichenbeschau-Ordnung vom Jahre 1796; das Hofdecret vom 16. December 1814, kundgemacht durch das nieder-österreichische Regierungsdecret vom 4. Jänner 1815, Z. 201; Regierungsdecret vom 18. April 1824; ob der ennsisches Regierungsdecret vom 12. Februar 1815, Z. 1887; 12. Jänner 1820, Z. 194; ob der ennsischer Regierungs-Präsidial-Erlaß vom 18. May 1833, Z. 10,097; und nieder-österr. Regierungs-Decret vom 1. May 1834.

daher immer als ein wichtiges Belege dient, nämlich das Decret des k. böhm. Appellations-Gerichtes vom 18. November 1822, wo es heißt: „Da, wo das Sanitätspersonale ihrer Anzahl nach in dem Falle des §. 363 nicht hinreichet, können auch andere Aerzte und Wundärzte beygezogen werden.“ Wenn nun gleich in dieser Stelle nicht von vier Individuen die Rede ist, so geht deutlich daraus hervor, daß dieses Obergericht den §. 363 nach seinem Wortlaute verstehe; weil unmittelbar vorher anbefohlen wird, zu gerichtlichen Beschauen den Kreisarzt und Kreiswundarzt zuzuziehen, sonach zwey Sanitäts-Individuen; ist daher gleich darnach von einem Falle die Rede, wo deren Anzahl nicht zureichet, so müssen mehr als zwey erforderlich seyn. Der §. 363 spricht aber von vier Individuen, und bey der Commentation dieses Paragraphes kann nur zwischen zwey oder vier Kunstverständigen die Wahl seyn. Es geht sonach aus dieser Instruction für die böhmischen Criminal-Gerichte hervor, daß in dieser Provinz im Falle des §. 363 zwey Aerzte und zwey Wundärzte ihren Befund abgeben müssen.

Was endlich die Gründe der entgegengesetzten Ansicht betrifft, so kann

ad a) aus der Josephinischen und westgalizischen Criminal-Gerichtsordnung nichts bewiesen werden, weil das neuere Strafgesetzbuch viele Aenderungen und Verbesserungen enthält, wozu auch diese besondere Vorschrift zu zählen ist, die das Gesetz in unserem Falle anordnet.

Ad b) kann eben so wenig aus der abweichenden Textirung der italienischen Uebersetzung des St. G. B. ein Argument geholt werden, weil die deutsche Ausgabe stets als der Urtext erscheint, und sich in zweifelhaften Fällen nur nach dieser zu richten[1]).

---

[1]) Diese Bestimmung ist zwar speciell für das St. G. B. nicht erlassen, aber doch analog aus den Hofdecreten vom 1. Februar 1782, J. G. S. 339; 13. Februar 1797, J. G. S. 337; und

Ad c) endlich berechtigt die Schwierigkeit, eine solche Anzahl von Kunstverständigen zu finden, noch zu keiner Aenderung am Texte des Gesetzes, weil die Ausführung der gesetzlichen Vorschrift doch noch immer möglich bleibt; auch würde dieser Grund zu viel beweisen, da es häufig Gegenden gibt, in denen selbst die Aufbringung von zwey Kunstverständigen schon mit vielen Schwierigkeiten verbunden ist.

§. 10.

Fortsetzung.

Wie und auf welche Art sich die Kunstverständigen die Gewißheit über den Seelenzustand des Inquisiten verschaffen, konnte im Gesetze nicht wohl näher bestimmt werden und mußte daher den wissenschaftlichen Forschungen der Aerzte überlassen bleiben. Außer einer genauen Untersuchung an der Person des Beschuldigten erscheinen noch nach Umständen theils die Einsicht in die Untersuchungsacten, die Vernehmung von Personen, die stets um den Inquisiten waren, und theils die Beobachtung desselben auch durch andere Personen, als zweckmäßige und gesetzlich gebilligte Mittel, die wahre Beschaffenheit seines Gemüthszustandes zu erfahren.

Die Mittheilung der Acten ist zwar im Allgemeinen nach §. 547 I. Thls. des St. G. B. untersagt, allein das Hofdecret vom 21. September 1822, J. G. S. Nr. 1895, gestattet sogar eine Versendung der Acten an die oft entlegene medicinische Facultät oder die Professoren zur Ertheilung eines Gutachtens; um wie vielmehr wird daher in einem solchen Falle die bloße Einsicht gestattet seyn müssen, da oft die von ihm bisher in den Verhören ertheilten Antworten, die Aussagen der Zeugen oder Mitschuldigen die wichtigsten Mittel sind, über seinen Zustand Aufschluß zu erhalten, und man mit Grund behaupten darf, der Gesetzgeber, welcher den Zweck

---

15. Jänner 1807, J. G. S. 797; welche diesen Satz für die Uebersetzung der Gerichtsordnung aussprechen, zu entnehmen.

wollte, hat auch dieses so sehr taugliche Mittel nicht ausschließen wollen. Sollte jedoch das Criminalgericht aus was immer für einem Grunde Bedenken tragen, die Acteneinsicht zu gestatten, so wäre analog mit dem vorerwähnten Hofdecrete die Entscheidung des Obergerichts anzusuchen.

Vernehmungen von Zeugen, welche über die frühere Lebensweise des Inquisiten aussagen können, müssen, damit das Resultat ihrer Aussage Beachtung verdient, nicht bloß von den Aerzten befragt, sondern genau und in der gesetzlichen Form auf Verlangen der Kunstverständigen vor Gericht abgehört und das dießfällige Protokoll derselben zur Einsicht gegeben werden. Wenn es nothwendig ist, z. B. um von ihnen über gewisse Symptome Auskunft zu erhalten, kann die Vernehmung auch in Gegenwart der Aerzte geschehen und selben gestattet werden, die für nöthig erachteten Fragepunkte dem Richter zur Stellung an den Zeugen vorzulegen. Dieses Verfahren ist zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber zweckmäßig und vom Gesetze nirgends untersagt.

Eben so ist die Beobachtung durch das Gerichtsdienerpersonale, ja selbst durch Mitgefangene, wenn sich gegen deren Glaubwürdigkeit keine gegründeten Zweifel erheben, ein wichtiges Mittel, die Wahrheit zu erforschen. Die Anwendbarkeit desselben liegt schon im Schlußsatze des §. 363 selbst, wo, im Falle die Kunstverständigen kein bestimmtes Gutachten abgeben können, oder die gesetzlichen Zwangsmittel fruchtlos waren, dem Obergerichte die Anzeige zu erstatten ist, und selber nebst den Bemerkungen des Gerichtes (wozu auch die Aussagen der Mitgefangenen gehören) die Beobachtungen des Gefangenwärters beyzulegen sind. In derselben Absicht verordnet auch der §. 327, daß der Gefangenwärter überhaupt seine an den Verhafteten gemachten Entdeckungen dem Gerichte mitzutheilen habe.

Ist sonach mit Anwendung der gesetzlichen Mittel Alles geschehen, um sich über den Gemüthszustand des Inquisiten Aufklärung zu verschaffen, so haben die Kunstverständigen ihren

Befund, ob der Wahnsinn wahr oder verstellt sey, schriftlich abzugeben. Derselbe kann daher in diesem Falle nie mündlich (wie es der §. 247 des I. Thls. des St. G. B. bey der Thatbestandserhebung gestattet) abgegeben werden, was durch die besondere Schwierigkeit des Falles und die gewöhnlich hierbey nothwendige ausführliche Motivirung des Gutachtens begründet wird.

Bey der Abgabe des Befundes lassen sich nun verschiedene Fälle denken. Entweder sprechen sich alle Kunstverständige über den Zustand des Untersuchten einstimmig aus, oder nicht. Sind Alle einstimmig, so sind wieder drey Fälle denkbar: a) Alle erklären einstimmig den Wahnsinn für wahr; oder b) für Verstellung; oder endlich c) sie erklären insgesammt den Fall von der Art, daß sie keinen bestimmten Schluß fassen können.

Im ersten und dritten Falle hat das Criminal-Gericht dem Obergerichte unter Vorlage sämmtlicher Acten eine umständliche Anzeige zu erstatten, und von dort die weitere Belehrung zu erwarten. Von dem zweyten Falle wird zuletzt die Rede seyn.

Sind aber die Meinungen getheilt, sey es, daß Einige den Fall für Verstellung, Andere für Wahrheit hielten, oder Einige gar keinen bestimmten Schluß fassen könnten, so entscheidet hier keine Mehrheit der Stimmen, sondern die Acten sind, wie in den zwey früher erwähnten Fällen, dem Obergerichte zur weiteren Weisung vorzulegen, und zwar selbst dann, wenn auch nur eine Stimme einer anderen Ansicht wäre.

Endlich könnten wir uns auch noch den Fall denken, daß zwar der Ausspruch der Kunstverständigen bestimmt ausfällt, der Richter aber solche Mängel daran findet, daß er die Richtigkeit desselben in Zweifel zieht. Hierüber finden wir zwar im Gesetze keine Weisung, doch dürfte der Richter am zweckmäßigsten handeln, wenn er vorerst versuchte, das etwa Mangelhafte ergänzen oder das Zweifelhafte aufklären zu lassen, und wenn ihm dieß nicht gelingt, gleichfalls unter Vorlage der Acten Bericht an das Obergericht erstattet.

wird der Oberrichter vorzugsweise auf die Schwere des Verbrechens und den etwa schon vorhandenen oder doch herzustellenden Beweis Rücksicht nehmen müssen. Je schwerer das Verbrechen, und je weniger Hoffnung zur Constatirung eines Beweises ist, je mehr wird das Obergericht auf alle Mittel sinnen müssen, den Beschuldigten von seiner erwiesenen Verstellung abzubringen. Es steht demselben zu, selbst eine weitere Fortsetzung der Züchtigung anzuordnen, nur darf diese nie das gesetzliche Maximum von fünfzig Streichen (§. 20 des I. Thls. des St. G. B.) übersteigen, muß stets mit der etwa zu gewärtigenden Strafe im Verhältniß stehen und nach den Gesundheitsumständen des Inquisiten zuläßig erscheinen. Daß dem Obergerichte die Macht, eine solche Züchtigung zu verhängen, zustehe, dürfte kaum zu bezweifeln seyn, da, wie schon oben §§. 5 und 6 gezeigt wurde, bey Entweichungsversuchen die Strafe bis mit fünfzig Streichen sich erstrecken darf, während doch hier eine noch größere Halsstärrigkeit des Inquisiten vorausgesetzt wird. Nur wollte der Gesetzgeber den untern Richter beschränken und diesen wichtigen Gegenstand der gründlichen Erwägung des Obergerichtes unterziehen.

Wenn aber endlich durch keine Zwangsmaßregel etwas ausgerichtet werden kann, so wird sich die weitere Verfügung des Obergerichtes im Geiste des Strafgesetzes vorzüglich nach zwey Hauptfällen richten. Entweder a) ist der Beweis gegen den Inquisiten, abgesehen von seinem Geständnisse, bereits hergestellt oder doch herstellbar; oder b) es läßt sich nach den vorliegenden Erhebungen keine Herstellung eines Beweises hoffen.

Ad a). Ist aus den vorliegenden Acten zu ersehen, daß der Beweis des begangenen Verbrechens gegen den Inquisiten schon vorliegt, oder leicht herzustellen ist, so wird er dem untern Richter ohne Weiterem die Fortsetzung der Untersuchung und die gesetzmäßige Urtheilsfällung gegen den Beschuldigten, auch ohne fernerer Abhörung desselben auftragen. Das Criminal-Gericht hat dann die Untersuchung ordnungsmäßig fortzuführen, und, wenn auch ohne Verhör des Inquisiten

der Beweis durch Zeugen, Mitschuldige oder aus Zusammentreffen der Umstände gesetzmäßig vorliegt, das Strafurtheil nach den Anordnungen des Gesetzes zu schöpfen [1]).

Obschon es auf den ersten Anblick parador erscheinen dürfte, von der Verurtheilung eines Untersuchten zu reden, ohne ihn verhört, und sonach seine Vertheidigung vernommen zu haben, so dürften doch für diese Ansicht folgende Gründe sprechen:

1.) Diese Ansicht entspricht vollkommen dem Grundsatze der Gerechtigkeit, weil die unterlassene Verantwortung nur in der Widerspenstigkeit des Beschuldigten liegt und daher nur ihm selbst zur Last fällt. Aus diesem Grunde kann auch ein Unschuldiger in diesem Falle sich nicht über Unrecht beklagen [2]).

2.) Der §. 429 des I. Thls. des St. G. B. läßt die Verurtheilung des Untersuchten jederzeit zu, wenn er aus rechtlichen Beweisen eines oder mehrerer Verbrechen schuldig erkannt wird. Die aus Bosheit unterlassene Rechtfertigung kann die Verurtheilung nicht hindern, weil die bloße Möglichkeit eines Gegenbeweises über die Schuldlosigkeit die Wirkung des bereits hergestellten Beweises der Schuld nicht ent-

---

[1]) Das königl. bayrische St. G. B. vom Jahre 1813, welches im zweyten Theile Art. 188 und 189 in Bezug auf den fraglichen Gegenstand mit den Bestimmungen des §. 363 unseres St. G. B. ziemlich übereinstimmt, verordnet ganz nach dieser Ansicht im §. 189 Folgendes: „Ist der Untersuchte — zur Vernehmlassung nicht zu bewegen, so soll die Untersuchung, so weit es ohne Befragung des Inquisiten geschehen kann, bis zum Ende fortgeführt werden, worauf sodann, wenn sonst der gesetzliche Beweis wider ihn vorhanden, die verdiente Strafe auszusprechen, oder, wo dieses nach Lage der Acten unmöglich, von dem Criminal-Gerichte zu erkennen ist, daß Inquisit so lange in Gefangenschaft gehalten werden solle, bis er sich zur ordentlichen Vernehmung bereit erklären werde." — Daß diese letztere Verfügung, in ihrer unbeschränkten Anwendung bey geringeren Verbrechen, die selbst im Falle der gesetzlichen Bestrafung nur mit einer kürzeren Freyheitsstrafe belegt würden, etwas hart erscheint, ist aus dem früher Gesagten zu entnehmen.

[2]) S. Jenull, a. a. O. 3. Bd. S. 348.

kräftet. Sobald daher durch ein gesetzlich zulässiges Beweismittel (hier durch Zeugen, Mitschuldige oder Indicien) dem Richter die Gewißheit verschafft wird, der Beschuldigte sey der Thäter des in Frage stehenden Verbrechens, so muß gegen ihn als nothwendige Folge der erwiesenen Schuld, auch die gesetzliche Strafe eintreten. Dieses Argument muß um so mehr als richtig anerkannt werden, als es doch gewiß einerley ist, ob der Inquisit in seinen Verhören, ohne seine Schuldlosigkeit durch irgend etwas darzuthun, stets mit der Betheuerung seiner Unschuld, oder gar nichts, oder einen Unsinn antwortet, und doch wird Niemand zweifeln, daß im ersten Falle eine Verurtheilung Statt finden könne; warum nicht auch in den beyden andern? Man müßte bey der entgegengesetzten Ansicht nur an der leeren Formalität einer niedergeschriebenen, wenn gleich ganz außerwesentlichen Antwort hangen, was gewiß nicht im Geiste des Gesetzes liegt.

3.) Finden wir eine vollkommene Analogie in dem fünfzehnten Hauptstücke des zweyten Abschnittes des I. Thls. des St. G. B., wo auch gegen Abwesende und Flüchtige, so weit es die Natur der Sache zuläßt, über das eingeleitete Edictal-Verfahren ein Strafurtheil nicht nur ausgesprochen, sondern auch in Vollzug gesetzt werden muß. Auch hier befindet sich der Beschuldigte in einem Zustande, der seine Verantwortung ausschließt, und kann und muß er unter den gesetzlichen Bedingungen verurtheilt werden.

Gegen diesen Grund könnte man vielleicht zweyerley einwenden:

a) Die Anwendung der Analogie im Strafrechte ist überhaupt nach §. 6 der Einleitung gesetzlich nicht gestattet; und

b) Der §. 499 des I. Thls. des St. G. B. bestimme dennoch, daß ungeachtet des geschöpften Contumazurtheils, sobald der Abwesende zu Stande gebracht ist, gegen ihn das ordentliche Verfohren eingeleitet und ein neues Urtheil geschöpft werde. Hieraus gehe hervor, daß dieses Verfahren ein außerordentliches, und, so lange der Inculpat nicht vor Ge-

richt gestellt wird, ein provisorisches ist, von welchem auf andere Fälle nicht gefolgert werden kann.

Diese Gründe zerfallen jedoch durch folgende Bemerkungen:

Ad a). Die Unzulässigkeit der Analogie nach §. 6 der Einleitung bezieht sich nur auf die Begriffsbestimmungen der Verbrechen, auf Qualität und Quantität der Strafen, keineswegs aber auch auf das Verfahren, wo die Analogie, als Hilfsquelle, wie bey allen andern Gesetzen in Anwendung tritt [1]).

Ad b). Es ist zwar richtig, daß nach §. 499 sobald der Abwesende vor Gericht erscheint, das ordentliche Verfahren Statt findet und daher ein neues Urtheil geschöpft werden muß; aber dadurch verliert die Analogie mit dem gegenwärtigen Falle ihre Kraft nicht. Denn, sobald der bereits Abgeurtheilte, um seine Unschuld darzuthun, von seiner Verstellung abläßt, und solche Beweise an die Hand gibt, welche gegründete Hoffnung zeigen, durch ihre Erörterung die Schuldlosigkeit des Abgeurtheilten außer Zweifel zu setzen, so muß nach §. 479 I. Thls. des St. G. B. auch hier die Untersuchung sogleich wieder aufgenommen, und ein neues Urtheil geschöpft werden.

4.) Dürfte uns die entgegengesetzte Ansicht leicht zu der Inconvenienz führen, daß der hartnäckige, boshafte Inquisit, der bey der Verstellung beharrt, besser daran wäre, als derjenige, der offen bekennt oder wenigstens Rede und Antwort gibt.

Gegen diese direct begründete Ansicht dürften sich jedoch folgende Gegengründe erheben lassen, deren Lösung unsere Behauptung indirect befestigen möge.

I. Das Verhör des Beschuldigten bildet einen wesentlichen Theil des Untersuchungsprozesses; dessen Mangel hat

---

[1]) Dieß geht schon aus dem Wortlaute des §. VI. hervor: „Als ein Verbrechen — jedoch, kann nur dasjenige behandelt und bestraft werden, was in diesem Strafgesetze ausdrücklich für ein Verbrechen — erklärt wird.“ — Hätte der Gesetzgeber diesen Paragraph auch auf das Verfahren beziehen wollen, so wäre die Stylisirung offenbar zu eng.

daher die Folge, daß der Act nicht spruchreif, d. h. nicht geeignet ist, daß darüber ein Urtheil geschöpft werden könne.

II. Der §. 408 des I. Thls des St. G. B. gestattet eine Ueberweisung durch Zeugen oder aus Zusammentreffen der Umstände nur damahls, wenn der Beschuldigte das Verbrechen läugnet. Läugnen heißt aber im strafrechtlichen Sinne, widersprechen, daß die That durch den Beschuldigten begangen worden sey. Dieser Widerspruch, und sonach ein Läugnen, ist aber nicht gedenkbar, wenn sich der Inquisit irrsinnig stellt (oder, wie später gezeigt werden wird, gar nichts antwortet). Es fehlt sonach eine gesetzliche Bedingung zur Ueberweisung.

III. Ohne ordentliche Abhörung des Inculpirten, und so lange sich dieser irrsinnig stellt, läßt sich auch eine ordentliche Herstellung des Beweises nicht erwarten. Denn die Ueberweisung durch Zeugen erfordert in der Regel (§§. 387 — 389 und §. 409 des I. Thls des St. G. B.), die durch Mitschuldige aber jederzeit (§. 410 des St. G. über Verbrechen) die Gegenstellung der Zeugen oder Mitschuldigen und des Inquisiten. Der Indicienbeweis aber erheischt nach §. 8 des a. h. Patents vom 6. July 1833, daß die Anzeigungen nothwendiger Weise von der Art seyen, daß sie durch die Verantwortungen des Beschuldigten nicht widerlegt werden. Es setzt sonach auch dieser Beweis eine Verantwortung voraus, die hier ganz wegfällt, wenn der Inquisit nichts oder Unsinn erwidert.

IV. Diese Ansicht ist gefährlich für die Sicherheit der Rechte der Staatsbürger, weil es doch leicht möglich wäre, daß sich entweder die Kunstverständigen geirrt haben, oder doch der Untersuchte schuldlos sey, weil ihn oft auch andere Gründe, als das Bewußtseyn der Schuld; zur Verstellung bewogen haben können, z. B. weil er den wahren Thäter kennet, und denselben aus falschem Edelmuthe nicht nennen will, auf andere Weise aber die gegen ihn sprechenden Indicien nicht entkräften kann.

V. Bey spurlosen Verbrechen, wo die Handlung allein noch nicht das objective Gepräge des Verbrechens trägt, sondern erst durch die damit verbundene Absicht des Thäters dazu geschaffen wird, läßt sich in diesem Falle, ohne Vernehmung des Thäters, der über seinen inneren Gemüthszustand allein Aufschluß geben kann, gar kein Erfolg erwarten. Endlich

VI. Scheint es gar nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, ein solch außerordentliches Verfahren zu gestatten, weil sonst nicht zu begreifen wäre, warum dießfalls keine eigene Anordnung in den Text des Gesetzes aufgenommen wurde.

So scheinbar auch diese Gründe sind, so dürften sie doch durch Folgendes widerlegt erscheinen:

Ad I. Es ist allerdings wahr, daß das Verhör einen wesentlichen Theil des Untersuchungsprozesses bildet; allein auch in dem vorliegenden Falle muß ein Verhör aufgenommen werden. Der ganze Einwurf beruht auf einem irrigen Begriffe vom Verhöre selbst. Nicht bloß dann, wenn in dem dießfälligen Protokolle Fragen und Antworten in ordentlich logischem Zusammenhange stehen, so daß die Letzteren sich auf die Ersteren in sprach- und denkrichtiger Verbindung beziehen, ist ein Verhör vorhanden. Dieses ist vielmehr jener gerichtliche Act überhaupt, wobey eine Person (hier der Beschuldigte) vom Gerichte über ein gewisses Factum (das begangene Verbrechen) befragt wird. Es ist von Seite des Gerichtes nur ein Versuch, die Wahrheit durch Geständniß zu erfahren. Ob nun der Befragte gar keine, eine irrsinnig scheinende, oder eine die That läugnende Antwort gibt, ist einerley. Nur diese Vorhaltung der auf das Verbrechen Bezug nehmenden Fragen ist wesentlich, und sobald diese in gesetzlicher Form (eines Verhörsprotokolles) geschieht, ist die Untersuchung vollständig, was auch der Inquisit darauf antwortet.

Daß auch im Falle des §. 363 ein förmliches Verhörsprotokoll aufzunehmen sey, geht schon aus der Anordnung des §. 366 hervor, dem zu Folge jede gemäß §§. 363 — 365 vor-

genommene Züchtigung im Verhörsprotokolle genau angemerkt werden muß.

Ad II. Der §. 408 sagt nur: „Läugnet der Beschuldigte das Verbrechen, so kann er desselben entweder durch Zeugen oder aus Zusammentreffen der Umstände überwiesen werden.“ Es war gar nicht die Absicht des Gesetzgebers, in diesem Paragraphe die Bedingungen der Ueberweisung festzusetzen. Der §. 408 enthält gar keine Anordnung, sondern bildet nur einen Uebergang von dem Beweis durch Geständniß zur Ueberweisung. Der Ausdruck Läugnen wird hier nur dem Gestehen entgegen gestellt, wo er nicht bloß eine bestimmte, die That in Abrede stellende Aeußerung, sondern überhaupt die Verweigerung des Geständnisses bedeutet, welche auch in unserem Falle vorhanden ist.

Ad III. Die Schwierigkeit der Beweisführung hebt die rechtliche Zuläßigkeit derselben nicht auf. Auch dürfte jene nicht immer so groß seyn, als sie es für den ersten Augenblick scheint. Was die Gegenstellung der Zeugen betrifft, so ist selbe nicht immer nothwendig, ja sogar, wenn durch die eidliche, unbedenkliche Aussage zweyer Zeugen der Beweis schon hergestellt ist, überflüssig (§. 388 I. Thls. des St. G. B.). Uebrigens ist aber in unserem Falle eine Gegenstellung (wie sie bey Mitschuldigen nach §. 410 geschehen muß) gar nicht unmöglich. Das Wesen derselben besteht ja nur darin, daß der Zeuge seine Aussage dem Beschuldigten ins Angesicht wiederholt; ob und was dieser darauf entgegnet, ist gleichgültig. Man weiß aus Erfahrung, wie schaal gewöhnlich bey Confrontationen die Antworten des Beschuldigten auf die vorgehaltenen Aussagen der Zeugen oder Mitschuldigen sind, und daß sie bey hartnäckigen Verbrechen gewöhnlich in der Betheuerung, Inquisit muß doch bey seiner Angabe verharren, bestehen. Eine solche Antwort hat aber gewiß mit der widersinnigsten Entgegnung gleichen Werth.

Ad IV. Dieses Argument beweiset nichts, weil es zu viel beweiset. Die Möglichkeit einer Irrung von Seite der Kunst-

verständigen würde sonst schon die Zwangsmittel des §. 363 unzulässig machen. Eine apodictische Gewißheit erlangt man bey Gegenständen der Erfahrung nie. Der Beweis über die That wird aber hier, so wie jener über die Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt, und letzterer sogar besonderen Vorsichten unterworfen. Was bleibt daher für die persönliche Sicherheit noch zu besorgen über, ohne aus übertriebener Aengstlichkeit die ganze Beweistheorie umzustürzen, und anderseits die allgemeine Sicherheit durch Straflosigkeit der kühnsten Verbrecher zu gefährden?

Ad V. Diese unbestrittene Schwierigkeit in einigen Fällen hebt, wie schon ad III. bemerkt wurde, die Richtigkeit der Behauptung im Allgemeinen nicht auf, sonst müßte man den ganzen Indicienbeweis verwerfen, weil er bey manchen spurlosen Verbrechen nicht leicht herzustellen ist.

Ad VI. Endlich ist es wohl wahr, daß der Gesetzgeber eine unserer Ansicht entsprechende Verfügung auch in den Context des Gesetzes hätte aufnehmen können; allein die Verschiedenartigkeit der Fälle dieser Art, die hierbey zu beobachtende Behuthsamkeit, so wie die nothwendige Sorge für die öffentliche Sicherheit bestimmten denselben, im Falle die gewöhnlichen Zwangsmittel (des §. 363) unzureichend sind, die weitere Entscheidung der Einsicht einer Oberbehörde zu überlassen, welche Mittel genug hat, eine entsprechende Verfügung zu treffen. Da nun dem Obergerichte dießfalls gar keine bestimmte Weisung im Gesetze ertheilt wird, so muß jede Anordnung, welche dem Geiste des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers entspricht, auch als gesetzmäßig erklärt werden.

Hier bleibt uns zum Schlusse noch die Erörterung der Frage über, ob im gegenwärtigen Falle, wenn gegen den Beschuldigten der Beweis durch Zeugen hergestellt wurde, nach §. 430 d. I. Thls. d. St. G. B. selbst auf die Todesstrafe oder lebenslangen Kerker erkannt werden könne?

Es scheint mit Grund behauptet werden zu müssen, daß

in diesem Falle das Urtheil auf keine längere als eine zwanzigjährige schwere Kerkerstrafe ausfallen könne, selbst wenn der Beweis durch beschworne Zeugnisse vorliegt. Denn nach §. 430 kann, wenn der Thatbestand nicht vollkommen nach allen erheblichen Umständen erhoben ist, das Urtheil auf Todes- oder lebenslange Kerkerstrafe nie geschöpft, sondern muß in eine höchstens zwanzigjährige Freyheitsstrafe verwandelt werden. Im vorliegenden Falle aber ist außer dem Beweise, daß der Untersuchte die angeschuldete That wirklich verübt hat, wegen dessen unterlassener Verantwortung kein weiterer Umstand erhoben, daher offenbar der Thatbestand nicht vollständig vorliegend. Das Wort Thatbestand muß hier (wie im §. 430) im weitern Sinne genommen werden, nämlich als der Inbegriff aller Merkmahle einer Handlung, welche den gesetzlich bestimmten Begriff eines Verbrechens bilden[1]. Die Erhebung des Thatbestandes in diesem Sinne ist kein abgesonderter, bloß der Voruntersuchung angehöriger Act, im gewöhnlichen Sinne der Praxis; wo der Thatbestand, als der Inbegriff der sinnlich wahrnehmbaren Merkmahle eines verübten Verbrechens, schon vor der Einleitung der Untersuchung gegen den Beschuldigten in der Regel erhoben ist. Hier ist vielmehr die ganze Untersuchung eine fortgesetzte Thatbestandserhebung. Vollständigkeit derselben und des Prozesses selbst ist gleichbedeutend. Wenn daher die Untersuchung in einem erheblichen Punkte nicht vervollständigt werden kann, so ist auch nach §. 430 der Thatbestand mangelhaft und daher von der Anwendung der beyden höchsten gesetzlichen Strafen keine Rede. Dieß erhellet um so mehr, wenn man bedenkt, daß in einer solchen Untersuchung außer dem Haupt-

---

[1]) S. Kitka, über die Erhebung des Thatbestandes; S. 3. Jenull, a. a. O. 3. Bd. S. 90 _ 92. _ Stübel's Thatbestand eines Verbrechens; §. 1. — Mittermayer's neues Archiv des Criminalrechtes 2. Bd. S. 532 _ 533; Kudler's Commentar über schwere Polizey-Uebertretung bey §. 298 u. a. m.

punkte, alle Nebenumstände nicht leicht zu erheben sind, z. B. die früheren Lebensverhältnisse des Inquisiten, sein Benehmen vor und nach der That u. s. w; was doch lauter Umstände sind, die bey der Anwendung der höchsten gesetzlichen Strafen nothwendig in Betrachtung kommen müssen.

§. 12.
Fortsetzung.

Ad b). Kann gegen den Beschuldigten kein Beweis erhoben, noch auch seine Unschuld dargethan werden, und schlagen alle Mittel, ihn zur ordentlichen Vernehmung zu bringen, fehl, so bleibt nur noch ein doppelter Weg über, entweder gegen ihn, als höchst verdächtig, auch ohne Beweis eine außerordentliche Strafe zu verhängen, oder ihn nur als ein der öffentlichen Sicherheit gefährliches Individuum für die Zukunft durch polizeyliche Maßregeln unschädlich zu machen.

Das Erstere könnte nur in einem Staate der Fall seyn, dessen Gesetzgebung eine außerordentliche Strafe gegen dringend Beinzichtigte zuläßt, was jedoch nach dem bekannten §. VI. der Einleitung nach unserem St. G. B. der Fall nicht ist. — Kann daher kein Beweis gegen einen solchen Inquisiten zu Stande gebracht werden, so hat die Function des Obergerichtes und überhaupt der Criminal-Behörden, als Justizstelle, ein Ende, und es sind sämmtliche Acten zur genauen Erwägung und weiteren Verfügung gegen den, der allgemeinen Sicherheit gefährlichen Inquisiten, den oberen Polizeybehörden mitzutheilen, welche von Fall zu Fall nach Verschiedenheit der Umstände die nöthige Einleitung treffen werden.

Sobald jedoch ein solches Individuum in der Folge entweder freywillig von der Verstellung abläßt, oder aber gegründete Hoffnung entsteht, den Beweis gegen dasselbe herstellen zu können, wird das Verfahren neuerdings fortzusetzen, und das Urtheil nach dem Gesetze zu schöpfen seyn; wobey die bisherige Verstellung nach §. 38 des I. Thls. des St. G. B. noch als beschwerender Umstand erscheint.

§. 13.

a.) Simulirung einer äußern oder innern physischen Krankheit.

Es läßt sich aber noch ein zweyter Fall der Verstellung denken, dessen das Gesetz nicht erwähnt, und welcher gleichfalls hemmend auf das Verfahren wirken kann. Der Inquisit kann nämlich einen solchen körperlich krankhaften Zustand annehmen, welcher dessen Vernehmung nicht zuläßt. Dieser Zustand kann in einer innerlichen oder äußerlichen Krankheit bestehen.

Die innere Krankheit ist wieder entweder von der Art, daß der Untersuchte in Folge derselben die Antwort verweigert (sich stellt, als könne er nicht antworten), und dann hat sich der Richter so zu verhalten, wie wir später im Falle der verweigerten Antwort überhaupt zu erörtern Gelegenheit haben werden; oder er gibt Rede und Antwort, dann hat seine Verstellung auf die Untersuchung keinen wesentlichen Einfluß. Behauptet der Untersuchte aus seiner Krankheit einen Mangel an Zurechnungsfähigkeit, so kann nur insoweit davon eine Rede seyn, als aus dem körperlichen (verstellten) Leiden auch ein psychisches Uebel resultirte, welches dann z. B. bey der verstellten Fallsucht nach §. 363 zu beurtheilen ist. Simulirte innere Krankheiten, um Mitleid zu erregen oder allenfalls einer bevorstehenden Züchtigung zu entgehen, werden, da sie nach vorausgegangenem ärztlichen Befunde[1]) unberücksichtigt bleiben, auch auf das Verfahren keinen weitern Einfluß haben.

Ganz dieselben Rücksichten treten auch bey fingirten äußeren Krankheiten oder körperlichen Gebrechen ein. Wir haben hier nur den besonderen Fall zu erwähnen, wenn sich der Inquisit taub, stumm oder taubstumm stellt[2]). — Ist der In-

---

[1]) Hier genügt jedoch zur Abgabe des ärztlichen Befundes die Angabe eines Arztes, wie bey andern gerichtlichen Untersuchungen.

[2]) Das königl. bayrische Strafgesetzbuch erwähnt zwar im §. 188 des II. Thls. des St. G. B. der verstellten Taub- oder Stumm-

quisit stumm, aber des Schreibens kundig, so ist ihm nach §. 357 des I. Thls. des St. G. B. die Frage mündlich oder schriftlich zu stellen, und seine schriftliche Antwort zu fordern; ist er taub, kann aber lesen, so ist ihm die geschriebene Frage vorzulegen, und seine Beantwortung zu erwarten. Kann aber der Stumme nicht schreiben, der Taube nicht lesen, oder ist der Inquisit taubstumm, dann ist die Belehrung des Obergerichts einzuholen.

Sind nun alle diese Zustände Verstellung, worüber vorerst das ärzliche Gutachten einzuholen ist, so wird nur in den letzten drey Fällen, wo sich der Richter durchaus keine Antwort verschaffen kann, das Zwangsverfahren, so wie bey verweigerter Antwort eintreten. In den zwey Ersten hingegen erscheint die Verstellung nur als ein lügenhaft vorgespiegelter Umstand, wodurch der Inquisit den Richter irre zu führen sucht, und es kann höchstens nach §. 365 (wovon später die Rede seyn wird) eine Bestrafung Statt finden.

Alle diese Bestimmungen sind zwar nicht ausdrücklich im Gesetz enthalten, sie ergeben sich aber aus der gesetzlichen Anordnung des §. 364, weil sie mehr oder minder nichts anders als eine Verweigerung der Antwort enthalten, oder sich als lügenhafte Angaben darstellen.

§. 14.

b) Verweigerung jeder, oder doch jeder zur Sache gehörigen Antwort.

Wenn der Inquisit dem Richter auf die vorgelegten Fragen gar keine oder doch keine zur Sache gehörige Antwort gibt, so ist zwischen dem Summar-Verhöre und dem ordentlichen Untersuchungs-Prozesse zu unterscheiden. In dem Ersteren darf nach §. 300 des I. Thls. des St. G. B. überhaupt kein Zwang und keine Bestrafung Statt finden. Gibt daher der Untersuchte keine oder keine genügende Antwort, so ist er nach

---

heit; stellt sie aber dem fingirten Wahnsinne und der verweigerten Antwort ganz gleich.

Vorschrift des §. 291 des I. Thls. des St. G. B. bloß aufmerksam zu machen, daß er seine Sache durch dieses hartnäckige Schweigen verschlimmern werde, ohne jedoch eine sonstige Drohung oder Bestrafung beyzufügen. Nur im Falle der Inquisit nach §. 306 zur Untersuchung auf freyem Fuße geeignet wäre, hat seine Widerspenstigkeit, da der §. 291 keinen Unterschied macht, die Folge, daß er in das Gefängniß verschafft wird.

Bleibt aber der Untersuchte auch im ordentlichen Verfahren bey seinem Schweigen, so tritt das im §. 364 angeordnete Zwangsverfahren in Anwendung. Dieses ist ganz dasselbe, wie bey dem verstellten Wahnsinne; nur bedarf es hier, wenn über die Fähigkeit des Inculpaten, sich dem Richter durch das Sprachorgan mitzutheilen, kein Zweifel obwaltet, keiner anderen ärztlichen Untersuchung, als jener, welche die zu gewärtigende körperliche Züchtigung erheischt.

§. 15.

II. Widersetzlichkeit gegen einzelne Acte des Verfahrens.

A) Verletzung der richterlichen Würde und des Ansehens des Gerichtes.

Die Würde des Gerichtes und das Ansehen des Richters ist ein wichtiges Mittel zur Erreichung des Untersuchungszweckes. Der Richter muß dem Inquisiten gegenüber sein physisches und geistiges Uebergewicht geltend machen können; sonst wird er zur Drahtpuppe eines schlauen Verbrechers, und darf nie auf einen günstigen Erfolg der Untersuchung rechnen. Schwachsinnige Weichherzigkeit und unzeitiges Mitleiden müssen von dem Richter eben so entfernt seyn, als rohe Gefühllosigkeit und lächerliche Poltronerie. Ruhiger, milder, aber auch unbeugsamer Ernst soll die Gemüthsstimmung des Inquirenten seyn, aus welcher ihn keine Finte des Untersuchten, kein Kunstgriff eines gewandten Gauners bringen darf. Nur in einem solchen Zustande besonnener Ueberlegung kann der Verstand

des denkenden Geschäftsmannes frey und unbefangen wirken, und seinem edlen Zwecke zur öffentlichen Sicherheit ungehindert nachstreben. Nur zu häufig sind die Fälle, in denen der blinde Eifer des Richters, oder dessen unüberlegte, leidenschaftliche Hitze unverbesserliche Fehler in den Gang der Untersuchung brachte.

Allein so sehr es Pflicht des Inquirenten ist, diese ruhige Stimmung zu erhalten, so kann er doch die Menschennatur nie ablegen und bleibt nach seiner Individualität mehr oder minder den Wirkungen der Affecte unterworfen. Das Gesetz selbst muß ihm daher die Mittel an die Hand geben, so viel als möglich zu verhindern, von dem Inquisiten in den Zustand des Affectes versetzt zu werden. Dieses ist besonders durch ungestümes, beleidigendes Betragen von Seite des Beschuldigten der Fall. Hier muß der Richter dem Widerspenstigen auch seine physische Uebermacht fühlen lassen können, damit er, erhaben über das ohnmächtige Widerstreben des Inculpirten, selbst in keinen Affect gerathe, sondern dessen Verwegenheit als Verletzung der Amtswürde (nicht aber seiner Person) nach den Gesetzen ahnde.

Der §. 365 des I. Thls. des St. G. B. verordnet daher, daß eine angemessene Züchtigung auch dann Statt finden kann, wenn sich der Inquisit boshaft auf eine ungestüme und beleidigende Art beträgt.

Die Bedingungen, unter denen hier eine Züchtigung eintreten kann, sind folgende:

1.) Das ordnungswidrige Betragen muß im ordentlichen Verhöre Statt finden, weil im Summar-Verhöre jede Züchtigung (§. 300) untersagt ist. Würde sich daher der Inquisit schon in diesem so unanständig betragen, so bliebe nichts über, als ihn nach Analogie des §. 291 wieder in's Gefängniß abführen zu lassen.

2.) Er muß sich ungestüm und beleidigend benehmen. Ungestüm nennt man das Betragen, wenn es durch laute, rohe Aeußerungen die Gränze der Schicklichkeit verletzt; belei-

bigend aber, wenn es durch den Wortinhalt oder die Art der Aeußerung das Gemüth des Richters kränken muß. Ein bloß ungestümes aber nicht beleidigendes Betragen zieht eben so wenig schon eine Züchtigung nach sich, als eine zwar beleidigende aber doch mit Anstand vorgebrachte Aeußerung. Der Gesetzgeber wollte nämlich nur die gröberen Beleidigungen einer scharfen Ahndung unterziehen. Bey minderen Verletzungen des richterlichen Ansehens wird schon ein strenges Wort, ein Verweis oder das Auflegen von Stillschweigen genügen, um den Inquisiten in den geziemenden Schranken zu erhalten.

3.) Die Beleidigung muß aus Bosheit geschehen, d. h. in der Absicht, den Richter dadurch zu kränken. Läge daher der Grund nur in der Rohheit des Untersuchten, in Mangel an Bildung, so kann von keiner Züchtigung eine Rede seyn [1]).

Die Bestrafung kann in Fasten (jedoch nicht über dreymahl in einer Woche) oder in Streichen (deren Zahl nicht über zwanzig steigen darf) bestehen. Daß bey letzterer Strafart stets die ärztliche Beschau vorangehen müsse, ist schon wiederholt gezeigt.

§. 16.

B) Widersetzlichkeit in Beantwortung der im Verhöre vorgelegten Fragen; und zwar a) durch verweigerte Antwort auf eine einzelne Frage; oder b) Ertheilung einer nicht zur Sache gehörigen Antwort.

Ad a). Im §. 14 wurde des Falles erwähnt, wo der Inquisit keine Frage gehörig beantwortet; hier handelt es sich hingegen nur um eine einzelne dem Untersuchten vorgelegte Frage. Diese kann entweder einen in der Untersuchung wesentlichen Umstand enthalten oder nicht.

Ist das Erstere der Fall, und kann sich der Richter auf keine andere Art einen Beweis verschaffen, durch welchen die Antwort des Inculpirten überflüssig würde, so kann nach §. 364 eben so und unter gleichen Modificationen das Zwangsver=

---

[1]) S. Jenull a. a. O. 3. Bd. S. 355.

fahren eintreten, als ob er jede Antwort verweigerte. Daß diese Ansicht richtig ist, geht schon aus der ganz allgemeinen Stellung des §. 364 hervor, dessen Textirung sich sowohl auf die verweigerte Beantwortung jeder Frage, als auch einzelner Punkte beziehen läßt; und noch mehr aus der Natur des Ungehorsamsverfahrens, weil ja die unterlassene Erörterung einer wesentlichen Frage mit dem gänzlichen Stillschweigen von Seite des Untersuchten oft ganz gleiche Wirkung haben kann.

Hier frägt es sich nur, welcher Umstand als wesentlich zu betrachten ist? Offenbar nur derjenige, ohne dessen Erörterung der Zweck der Untersuchung, Darlegung der Schuld oder Unschuld des Untersuchten, nicht erreicht werden kann. Alle andern sind außerwesentlich, wenn sie auch sonst an sich wichtig sind, z. B. Erhebung eines mildernden oder erschwerenden Umstandes u. s. w.

Der Richter muß aber, da ihn hier nur allgemeine Grundsätze leiten, mit besonderer Vorsicht zu Werke gehen. Oft kann ein Umstand wesentlich erscheinen, durch eine zweckmäßig fortgesetzte Untersuchung aber außerwesentlich werden; z. B. A ist im Besitze eines Ringes, den erwiesenermaßen B, an welchem ein Raubmord verübt wurde, bey der Ermordung trug. Der Richter befragt den A über den Erwerb des Ringes, und dieser verweigert die Antwort. Auf den ersten Anblick wird dieser Umstand vielleicht wesentlich erscheinen, und doch würde der Inquirent voreilig handeln, wenn er sogleich das Zwangsverfahren des §. 364 einleiten wollte. Er wird vielmehr mit möglichster Umsicht und Aufbiethung aller Mittel den Beinzichtigten vorerst zum Geständnisse zu bringen, oder ihn zu überweisen suchen. Denn nur dann stellte sich dieser Umstand als wesentlich dar, wenn der Richter keinen andern Anhaltspunkt hat, als diesen einzigen, um den Untersuchungszweck zu erreichen. Könnte daher z. B. erhoben werden, daß A an Gestalt, Waffen und Kleidung gerade so erscheint, wie er von dem Gemordeten noch vor seinem Tode beschrieben wurde, und daß er gleich nach verübtem Verbrechen ohne andere glaub-

würdige Veranlassung entflohen ist, und wären auch alle allgemeinen Bestimmungen des §. 1 des Patentes vom 6. July 1833 vorhanden, so wäre es überflüssig und daher ungerecht, das Zwangsverfahren einzuleiten, weil ohnehin die Bedingungen zur Ueberweisung des Inquisiten vorhanden sind. Die Zwangsmittel des §. 363 dürfen daher erst dann in Anwendung kommen, wenn alle anderen Bemühungen des Inquirenten fruchtlos waren, und er auf die Erörterung jenes Fragepunktes allein beschränkt ist, worauf gerade die Antwort verweigert wird. Bey außerordentlichen Umständen findet der §. 364 gar keine Anwendung, weil der Untersuchungszweck auch ohne deren Erörterung erreicht werden kann.

Wohl aber kann nach §. 365 eine Züchtigung wegen verweigerter Antwort auch bey einem nicht wesentlichen Umstande in folgenden zwey Fällen Statt finden:

α) Wenn der Inquisit auf eine ihm vorgehaltene erwiesene Lüge schweigt, so daß nach §. 365 der Lüge wegen eine Züchtigung Platz greifen kann, wovon im folgenden Paragraphe die Rede seyn wird; und

β) wenn die Antwort auf eine ungestüme und beleidigende Art verweigert wird, wo die Bestrafung gemäß vorhergehenden Paragraphes verhängt werden kann.

In beyden Fällen liegt aber der Grund der Abstrafung nicht in der verweigerten Antwort, sondern einer andern Art von gesetzwidrigem Ungehorsame, der damit nur zufällig verbunden ist [1].

Ad b). Der Fall einer zwar ertheilten, aber nicht zur Sache gehörigen Antwort, ist mit dem vorstehenden so gleichbedeutend, daß hierbey nichts zu erinnern übrig bleibt.

---

[1] Ganz übereinstimmend mit diesen Erläuterungen verordnet auch das königl bayrische St. G. B. im 190. Artikel des II. Thls.: „Wenn Inquisit zwar nicht die Vernehmlassung uberhaupt, jedoch bey einer oder der andern Frage die Antwort verweigert, so kann ebenfalls die Verordnung des Artikels 188 in Anwendung gebracht werden. Ist jedoch solche Weigerung auf einzelne Fragen von der Art, daß dadurch der Zweck der Untersuchung ganz vereitelt wird, so kommt im Falle hartnäckigen Ungehorsams der Artikel 189 gleichfalls in Anwendung."

§. 17.

c) Durch Ertheilung einer lügenhaften Antwort.

Der Untersuchte kann dem Richter zwar eine auf seine Frage passende Antwort geben, aber der Inhalt derselben kann sich als eine Unwahrheit darstellen. Durch eine solche lügenhafte Angabe kann die Untersuchung oft sehr verzögert, ja ihr Zweck auch ganz vereitelt werden; weil der Richter die fälschlich vorgebrachten Thatumstände oft erst durch weitläufige Verhandlungen erheben muß, und nach langer Zeit und manchen zwecklos unternommenen Amtshandlungen erst zur Erkenntniß gelangt, daß ihn der Inquisit belogen habe. Auf diese Art sind jahrelange Verzögerungen oder gänzliche Vereitelungen der Untersuchung denkbar. Das Criminal-Gericht, als Organ der Staatsgewalt, hat ein unbestrittenes Recht, die Angabe der reinen Wahrheit zu fordern, und die erwiesene Lüge zu deren nothwendiger Hintanhaltung um so mehr mit Strafe zu bedrohen, als schon laut §. 289 des I. Thls. des St. G. B. am Eingange des Verhörs der Untersuchte zur Wahrheit zu ermahnen und ihm zu bedeuten ist, daß er sich durch lügenhafte Vorspiegelungen Strafe zuziehen werde.

Bey dieser in jedem einzelnen Untersuchungsfalle vorangehenden individuellen Kundmachung des Gesetzes kann sich um so weniger der lügenhafte Inquisit über Unrecht beklagen, und muß sich der verdienten Strafe unterziehen.

Der §. 365 des I. Thls. des St. G. B. setzt nun in Uebereinstimmung mit den im §. 1 und 2 dieser Abhandlnng entwickelten allgemeinen Grundsätzen die Bedingungen fest, unter denen eine Bestrafung Statt finden darf[1]).

1.) Der Untersuchte muß selbst im Verhöre einen factischen Umstand vorgebracht haben, welcher falsch befunden wird. Würde er daher bloß einen ihm vorgehaltenen wahren

[1]) Der §. 365 lautet dießfalls: „Eine angemessene Strafe mit Streichen oder Fasten hat auch dann Statt, wenn der Verhörte durch die Angabe eines offenbar als falsch bewiesenen Umstandes die Untersuchung zu verzögern, oder das Gericht irre zu führen gesucht hat, und des ihm dagegen vorgehaltenen klaren Beweises ungeachtet bey dem Lügen beharret.

Umstand in Abrede stellen, d. h. ein Factum läugnen, so kann deßhalb allein keine Züchtigung Statt finden. Denn ist der widersprochene Umstand durch ein gesetzliches Beweismittel erwiesen, so erschiene die weitere Bestrafung unnöthig, und daher ungerecht; liegt aber kein Beweis vor, und würde sich das Zwangsverfahren nur auf die vorhandenen Indicien gründen, so ließen sich gegen eine solche Erpressung des Geständnisses alle jene Gründe einwenden, die schon im vorigen Jahrhunderte mit siegender Gewalt gegen die Anwendung der peinlichen Frage aufgestellt wurden.

2.) Der vorgebrachte factische Umstand muß als falsch bewiesen seyn; indem sonst das Züchtigungsrecht, von bloßen Vermuthungen abhängig, zur schrankenlosen Willkür ausarten und oft den Inquisiten einer zufälligen Laune des Richters preisgeben würde.

3.) Die Angabe des Inquisiten muß ferner von der Art seyn, daß dadurch die Untersuchung verzögert oder das Gericht irre geführt werden kann. Wäre dieß nicht der Fall, so erschiene die Bestrafung als unnöthig und daher ungerecht, da der Untersuchungszweck ohnehin nicht gefährdet ist. Eine Verzögerung wird aber dann, als Folge der Lüge, eintreten, wenn der Richter dadurch zu Erhebungen veranlaßt wird, die den Abschluß der Untersuchung hemmen. Irregeführt kann der Richter gleichfalls nur bey wichtigeren Umständen werden, da eine Lüge in unbedeutenden Momenten der Untersuchung keine Beachtung verdient.

Hieraus ergibt sich, daß ohnehin in der Regel beyde Bedingungen, nämlich Verzögerung und Irreführung zugleich eintreten, und der Gesetzgeber durch den, zwar mit der Disjunctive verbundenen Moment des Irreführers, vorzugsweise nur die nothwendige böse Absicht des Untersuchten bezeichnen wollte, weil eine aus bloßem Irrthume vorgebrachte Unwahrheit, wenn sie auch eine objective Lüge enthält, und die Untersuchung noch so sehr verzögert, dennoch als keine bürgerlich strafbare Handlung erscheinen kann.

4.) Muß der Inquisit des ihm vorgehaltenen Beweises

ungeachtet bey der Lüge verharren. Diese Vorhaltung des Beweises der Unwahrheit der gemachten Angabe ist schon darum nothwendig, weil sie als das gelindere Mittel erscheint, welche stets dem strengeren vorangehen muß. Steht der Inquisit sonach auf den gemachten Vorhalt von seiner Lüge ab, und bekennt die Wahrheit, so ist der Untersuchungszweck vernichtet und es bedarf keiner weiteren Zwangsmittel.

5.) Kann eine Bestrafung auch dann nicht Statt finden, wenn der Richter den Beweis über das wahre Sachverhältniß entweder schon hergestellt hat, oder doch leicht und ohne Verzögerung der Untersuchung herstellen kann. Dieses Erforderniß ist zwar nicht in dem Wortlaute des §. 365 enthalten, allein es geht sowohl aus den allgemeinen Principien über Ungehorsamsstrafen, als auch aus dem Geiste des §. 366 selbst klar hervor. Erstere gestatten eine Strafe nur als nothwendiges Mittel zum Zwecke; wo aber schon ein Beweis vorliegt, ist dieser ohnehin schon erreicht. Der §. 365 aber selbst erheischt als Bedingung der Abstrafung eine durch die lügenhafte Angabe bewirkte Verzögerung oder Irreführung. Beydes tritt aber dann nicht mehr ein, wenn dem Richter das wahre Sachverhältniß ohnehin schon im legalen Wege erwiesen ist [1]).

Sind nun alle diese Bedingungen vorhanden, so kann eine Ungehorsamsstrafe eintreten, welche nach Umständen in körperlicher Züchtigung (aber nie über zwanzig Streiche) oder in Fasten (nicht öfter als dreymahl in der Woche und zwar in eingetheilten Tagen) besteht. Welches von beyden Strafmitteln und in welchem Grade anzuwenden sey, wird von dem Grade der Bosheit des Inquisiten, der durch seine Lüge entstandenen Verzögerung und auch von seiner körperlichen Beschaffenheit, über welche stets vorläufig der ärztliche Befund einzuholen ist, abhangen, und ist dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen.

---

[1]) Dieser Ansicht scheint auch die bey den Oberbehörden geltende Praxis beyzustimmen, indem ich oft Gelegenheit hatte, zu bemerken, daß gegen diese Vorschrift unternommene Züchtigungen, wenn sie zur Kenntniß des Obergerichtes gelangten, als ungesetzlich gerügt wurden.

§. 18.

Schluß.

Schließlich dürfte hier auch die in der Praxis häufig vorkommende Frage noch zur Sprache gebracht werden, ob eine Ungehorsamsstrafe nicht auch dann eintreten könne, wenn entweder zwischen verhafteten Mitschuldigen, oder zwischen einem Verhafteten und dessen noch in der Freyheit befindlichen Gehülfen, oder selbst zwischen dem Inquisiten und den Zeugen durch list'ge Bemühungen des Untersuchten Einverständnisse durch Verabredungen oder Briefwechsel u. dgl. Statt finden, wodurch gleichfalls die Untersuchung sehr verzögert oder gar vereitelt werden kann.

Da das Gesetz hierüber nichts entscheidet, müssen wir uns an unsere allgemeinen Grundsätze halten.

Hier dürfte vor Allem zu unterscheiden seyn, ob derley Collusionen durch solche Mittel bewerkstelliget werden, wodurch von Seite des Inculpaten gegen die polizeyliche Hausordnung im Gefängnisse vergangen wird oder nicht. Im ersten Falle z. B. mittelst Durchbrechung einer Wand u. dgl. kann allerdings eine Strafe Statt finden, aber nicht als Ungehorsamsstrafe, sondern als polizeyliche Ahndung einer Verletzung der inneren Hausordnung. Im zweyten Falle aber z. B. wegen günstiger Lage der Arreste zu solchen Einverständnissen, kann gar keine Strafe Statt finden, sondern der Richter wird durch zweckmässige Mittel der Wiederholung solcher Attentate vorzubeugen haben.

Eine eigentliche Ungehorsamsstrafe findet demnach in diesem Falle nie Statt, weil die Erreichung des Untersuchungszweckes gegen solche Angriffe noch durch gelindere Mittel gesichert werden kann. Wohl aber kann der Inquirent Vorsichtsmaßregeln ergreifen, z. B. engere Verschließung des Inquisiten, wenn dieser von einer ihm gegönnten Freyheit einen Mißbrauch gemacht hat.

Zeitschrift
für
österreichische Rechtsgelehrsamkeit
und
politische Gesetzkunde.

Nach des Gründers Tode fortgesetzt

von

D. Thomas Dolliner,
k. k. Hofrathe,

und

D. Joseph Kudler,
k. k. wirkl. Regierungsrathe und ordentl. öffentl. Professor.

Jahrgang 1836.
Zweyter Band.

Hauptblatt.
Vom July bis December.

Wien.
Druck und Verlag von J. P. Sollinger.

Inhaltsverzeichniß
des zweyten Bandes.

Hauptblatt vom July bis December.

XXI.

Ueber die Frage, wie ein vom Amte und Gehalte suspendirter Beamte oder minderer Diener nach erfolgtem Erkenntnisse über seine Schuld oder Schuldlosigkeit, in Ansehung seiner während der Dauer der Suspension zurückgehaltenen Genüsse zu behandeln sey.

Vom

Herrn Joseph Heller,
k. k. Cameral = Secretär.

§. 1.

Es besteht gegenwärtig keine bestimmte, allgemein bindende Vorschrift über die Frage, wie ein vom Amte und Gehalte suspendirter Beamte oder minderer Diener, nach erfolgtem Erkenntnisse über seine Schuld oder Unschuld, in Bezug auf seine während der Dauer der Suspension zurückgehaltenen Genüsse zu behandeln sey. Die Entscheidung hierüber geht vielmehr von Fall zu Fall von jener Behörde aus, welcher die Disciplinarbehandlung des betreffenden Beamten oder Dieners nach ihrem gesetzlichen Wirkungskreise zusteht.

§. 2.

Die Erfahrung lehret, daß diese Entscheidungen sehr verschiedenartig ausfallen; es geschieht manchmahl, daß dem betreffenden Beamten der ganze zurückbehaltene Gehalt nachge-

zahlt wird, manchmahl, daß er gar Nichts, und manchmahl, daß er einen größeren oder geringeren Theil des eingestellten Gehaltes erhält. So wird auch über die Frage des Gehaltnachtrags manchmahl gleich bey der Entscheidung über die Disciplinarbehandlung des in Untersuchung gestandenen Individuums von Amtswegen abgesprochen, manchmahl wieder das Einschreiten des betreffenden Individuums abgewartet.

§. 3.

Da Fälle der Art, wo Beamte oder Diener von der Dienstleistung und dem Genusse ihrer Bezüge suspendirt werden, im Ganzen doch nicht selten sind, so erscheint es der Gleichheit der Behandlung wegen wünschenswerth, daß über die Eingangs gestellte Frage eine feste, alle Behörden gleichmäßig bindende Norm aufgestellt würde, zumahl die Ziffer der in Frage stehenden Gehaltsnachträge, bey der längeren, oft durch mehrere Jahre sich hinziehenden Dauer der Suspension, bedeutend ist, und daher das Interesse der Frage sowohl für das betreffende Individuum, als für den Fond, welcher den Nachtrag zu zahlen hat, auch in dieser Rücksicht gesteigert wird.

§. 4.

Wenn nun die Gesetzgebung gleichwohl über die erwähnte Frage bisher keine bestimmte Norm erlassen hat, so mag sie hierzu höchst wahrscheinlich durch die Betrachtung bewogen worden seyn, daß bey den so sehr verschiedenen Verhältnissen der suspendirten und in Untersuchung gestandenen Individuen, und bey den mannigfaltigen Abstufungen der Schuld und Strafwürdigkeit, den Forderungen der Gerechtigkeit besser entsprochen werde, wenn den Behörden die Entscheidung von Fall zu Fall salvo recursu überlassen würde, als wenn man durch Aufstellung allgemeiner Normen den Wirkungskreis der urtheilenden Behörde zu sehr beengen, und hierdurch die Möglichkeit der Berücksichtigung der einzelnen Verhältnisse, der Nuancen der Schuld oder Schuldlosigkeit ausschließen, oder wenigstens zu sehr beschränken wollte.

§. 5.

Wenn sich aber ein Grundsatz auffinden ließe, bey dessen Beobachtung von Seite aller Behörden, die in den Fall kommen, über obige Frage abzusprechen, die möglichste Gleichheit der Behandlung erzielt würde, ohne gleichwohl die Berücksichtigung der Verschiedenheit der Umstände und der mehreren oder minderen Strafbarkeit zu hindern; so dürfte es wohl nicht zweifelhaft seyn, daß es gerathen wäre, diesen Grundsatz zum Gesetze zu erheben.

§. 6.

Referent glaubt, es sey allerdings ein diesen Anforderungen entsprechender Grundsatz aufzufinden, und zwar in der Bestimmung, daß der in Untersuchung gestandene Beamte oder Diener auf den nachträglichen Bezug der suspendirten Genüsse stets in jenem Maße Anspruch habe, in welchem ihm der Bezug dieser Genüsse nach behobener Suspension belassen wird, oder kürzer ausgedrückt: daß das Erkenntniß der competenten Behörde über die Frage, welchen Gehalt der Inquisit fernerhin beziehen solle, auch auf den Zeitraum der bestandenen Suspension angewendet werde.

Wird also ein solches Individuum von der competenten Behörde nach beendeter Untersuchung in den Genuß seiner ganzen vorigen Bezüge eingesetzt, so würde ihm auch für die ganze Dauer der Suspension der Nachtrag seines ganzen Gehaltes zu leisten seyn; verliert es (in Folge der Dienstesentlassung) den Genuß aller seiner Bezüge, so entfiele auch jeder Anspruch auf einen Nachtrag der Besoldung für die Dauer der Suspension; wird aber nur auf eine Verminderung des Gehalts (z. B. in Folge der Degradation, oder der, bey noch nicht vollbrachten vierzig Dienstjahren, ausgesprochenen Quiescirung) erkannt; so hätte in eben demselben Maße die Nachzahlung für die Zeitdauer der Suspension Platz zu greifen, so daß, wenn z. B.

der betreffende Beamte einen Dienstposten mit 600 fl. Gehalt inne gehabt hätte, und nach einer Suspension von zwey Jahren auf einen andern Dienstposten mit 400 fl. Gehalt degradirt würde, ihm für die zwey Jahre die Nachzahlung von jährlichen 400 fl., zusammen mit 800 fl. zu leisten seyn würde. Es versteht sich, daß in allen Fällen, wo eine Gehaltsnachzahlung Statt findet, die während der Suspension allenfalls bezogene Alimentation, insofern sie nicht den Gehaltsnachtrag übersteigt, zurück ersetzt werden müßte.

§. 7.

Die Begründung der im vorigen Paragraph angetragenen Regel liegt in der Betrachtung, daß die Suspension an sich nur eine provisorische Maßregel ist, daß die Schuld oder Unschuld beym Beginne der Untersuchung objectiv vorhanden war, und die Periode der Untersuchung (Suspension) nur zur Erörterung der Schuld oder Unschuld dient. Es läßt sich wohl kein richtigeres Princip für die Behandlung des Angeklagten (in Bezug auf dessen Ansprüche für die Suspensionsdauer) denken, als wenn man ihn gerade so behandelt, wie man ihn behandelt haben würde, wenn es möglich gewesen wäre, gleich vor der Suspension über seine Schuld oder Unschuld so im Klaren zu seyn, wie man durch die Ergebnisse der Untersuchung hierüber belehrt worden ist. Hätte man zur Zeit, als die Suspension verhängt wurde, Alles so gewußt, wie jetzt nach geschlossener Untersuchung, so würde er eben so behandelt worden seyn, wie es im §. 6 angetragen wird.

Die Verschiedenheit der Umstände, der Nuancen der Schuld oder Schuldlosigkeit würde auf diese Art am besten berücksichtigt; denn welcher passendere und sicherere Maßstab ließe sich hier wohl auffinden, als der, den das competente Gericht, gestützt auf die geprüften Ergebnisse der Untersuchung, für die zukünftige Behandlung des Inquisiten festsetzt?

Man muß doch annehmen, daß eben hier alle jene Nuancen am sorgfältigsten gewürdigt werden, wo es auf den

Ruf, die Dienstehre und die künftige Existenz des Beamten ankömmt.

§. 8.

Es ist nicht überflüssig, anzuführen, daß die Richtigkeit des §. 6 aufgestellten Grundsatzes zum Theile schon in dem Benehmen der meisten Behörden seine Anerkennung findet; in jenen beyden Extremen nämlich, wo ein in Untersuchung gestandener suspendirter Staatsdiener ganz unschuldig befunden, und wo ein solcher des Dienstes entlassen (abgesetzt) wird.

Im erstern Falle wird wohl nie ein Anstand genommen, die zurückgehaltenen Bezüge für die ganze Dauer der Suspension nachzuzahlen, so wie im zweyten Falle kein Nachtrag bewilliget wird. Nur in den zwischen diesen äußersten Gränzen mitten inneliegenden Fällen findet am häufigsten Verschiedenheit in der Behandlung Statt, welche die Festsetzung einer bestimmten Norm um so wünschenswerther macht, als hierdurch auch das, was in den oben angeführten zwey extremen Fällen als Observanz beobachtet wird, zum Gesetze erhoben werden würde.

§. 9.

Zwey Haupteinwürfen glaubt Referent noch im Voraus begegnen zu müssen, welche sich gegen den, §. 6 angetragenen Grundsatz, obgleich aus entgegengesetzten Gesichtspunkten, erheben ließen.

Man könnte nämlich

a) behaupten, der suspendirte Beamte, dem für die Dauer der Suspension ein Gehaltsnachtrag bezahlt wird, werde jedenfalls zu günstig behandelt, weil er während dieser Zeit keine Dienste geleistet hat, der Gehalt aber immer nur als Aequivalent für geleistete Dienste anzusehen sey.

Dieser Einwurf dürfte durch die Betrachtung entkräftet werden, daß die Unterbrechung der Dienstleistung nicht in dem Willen des Inquisiten ihren Grund hat, ja wohl meistens wider seinen Willen verhängt wird. Aus diesem Grunde allein (insofern er nicht mit dem Grade der Schuld des Inquisiten in Verbindung steht) kann ihm daher auch rechtlicher

Weise kein Nachtheil zugehen. Wäre der Satz, daß der Gehalt als Aequivalent für geleistete Dienste immer nur an die Bedingung der wirklichen Leistung geknüpft sey, ohne alle Beschränkung richtig; so müßte auch der durch Verleumdung in Untersuchung gerathene, und suspendirte, obwohl ganz schuldlos befundene, ja selbst der durch Krankheiten der Dienstleistung zeitweilig verhinderte Beamte jeden Anspruch auf den Bezug der Besoldung aufgeben, was wohl Niemand gerecht finden wird.

Wollte man den Einwurf darauf beschränken, daß wenigstens jene Inquisiten, welche nach geschlossener Untersuchung nicht ganz schuldlos befunden werden, den Anspruch auf Gehaltsnachträge für die Dauer der Suspension aus dem Grunde aufzugeben hätten, weil sie durch ihr Verschulden die Suspension herbeygeführt, mithin die Unterbrechung der Dienstleistung (als der Bedingung des Gehaltsbezuges) selbst verursacht haben; so wird hierauf erwidert, daß, wenn dergleichen Individuen allerdings mit den ganz schuldlos Befundenen nicht auf gleichem Fuß behandelt werden können, es doch wieder ungerecht seyn würde, alle diese Individuen, ohne Rücksicht auf ihre größere oder geringere Strafbarkeit, mithin ohne Rücksicht auf den wirklich ermittelten Grad der Schuld, den sie an ihrer Suspension selbst tragen, in Eine Classe zu werfen, und ihnen für die Dauer der Suspension jeden Anspruch auf einen Gehaltsnachtrag zu entziehen. Eine solche Strenge läßt sich mit Recht nur bey jenen Inquisiten anwenden, deren Vergehungen so groß erfunden werden, daß auf selbe die gänzliche Dienstesentlassung (Verlust jedes Gehaltes) verhängt wird. Für minder strafbar Befundene biethen sich eben in der Beobachtung der im §. 6 angetragenen Modalität die mit dem Grade ihrer Schuld im richtigsten Verhältnisse stehenden Abstufungen dar.

b) Der zweyte Einwurf könnte dahin lauten, daß der zu §. 6 angetragene Grundsatz zu streng sey, und daß, weil Straferkenntnisse nicht zurückwirken sollen, der Inquisit jederzeit den Anspruch auf seine volle Besoldung ohne Rücksicht auf

die verhängte Suspension vom Amte, so lange habe, bis er durch ein rechtskräftiges Erkenntniß des Dienstes entlassen, oder in eine mindere Gehaltsclasse versetzt wird. Zur Unterstützung dieses Einwurfs ließe sich auf das Strafgesetz hindeuten, welches den mit gewissen Strafen verbundenen Verlust von Rechten und Befugnissen immer erst von dem Zeitpunkte des publicirten Urtheilspruches eintreten läßt.

Obgleich dieser Einwurf bey der ersten Betrachtung Manches für sich zu haben scheint, so schwindet dessen Erheblichkeit doch bey näherer Betrachtung.

Man kann nämlich

1.) nicht sagen, daß eine Zurückwirkung in dem Falle vorhanden sey, wenn die mit dem Straferkenntnisse verbundenen Rechtsverluste auch auf die Periode der Untersuchung ausgedehnt werden; denn wie zu §. 7 bemerkt wurde, das Vergehen, welches den Grund der Bestrafung bildet, war beym Beginn der Untersuchung schon objectiv vorhanden, und die Periode der Untersuchung war nur dazu nothwendig, um das Vorhandenseyn und den Grad der Schuld ins Klare zu setzen. Ein Anderes wäre es, wenn man die Folgen des Straferkenntnisses auf eine Periode vor dem begangenen Vergehen anwenden wollte.

2.) Die Verhältnisse, welche die Gesetzgebung bey der Bestimmung des Zeitpunktes, von welchem an die mit gewissen Criminal-Strafgraden verbundenen Rechtsverluste einzutreten haben, berücksichtigen mußte, sind ganz verschieden von jenen, welche in Bezug auf die vorliegende Frage (den ganzen oder theilweisen Gehaltsverlust eines Beamten für die Dauer der Suspension) in Erwägung zu ziehen kämen.

Wenn z. B. das Recht, zu testiren, dem zum schweren oder schwersten Kerker verurtheilten Verbrecher erst vom Tage des ihm angekündigten Urtheils (§. 23 des St. G. B. I. Thl. ad c) entzogen wird; so ist es keineswegs nothwendig, die Ursache dieser Bestimmung in dem Grundsatze zu suchen, daß die Ausdehnung dieses Rechtsverlustes auf die Untersuchungs-

periode an und für sich eine absolute Ungerechtigkeit seyn würde, sondern in der Betrachtung, daß dergleichen Rechte ihrer Natur nach nicht von der Art sind, daß sie (was doch, bevor die Schuld oder Unschuld ermittelt ist, geschehen müßte) während der Untersuchung suspendirt werden könnten, ohne dem Inquisiten möglicherweise einen unersetzlichen Schaden zuzufügen; denn gesetzt, der Inquisit stürbe während der Untersuchung, nachher käme seine gänzliche Schuldlosigkeit an den Tag, wie wäre es möglich, den ihm durch die Suspension des Testirungsrechtes zugefügten Schaden wieder gut zu machen?

Ein Anderes ist es mit dem Rechte des Gehaltsbezuges. Dieses kann ohne unwiderbringlichen Nachtheil suspendirt werden, da Geld oder sonstige Bezüge jederzeit, selbst den Erben nachgezahlt, ja auch Zinsen vergütet werden können; für die Subsistenz des Suspendirten aber durch die Alimentationsanweisung gesorgt wird.

3.) Ueberdieß kommen bey dem Verhältnisse zwischen Staat und Staatsdiener noch besondere Umstände zu berücksichtigen, welche das Recht der Suspension des Gehaltes gegen einen in Untersuchung gezogenen Staatsdiener vollkommen begründen.

Der Gehalt ist nämlich in der Regel allerdings (wie bey dem ersten Einwurfe erörtert wurde) an die Bedingung der Dienstleistung geknüpft, und es ist der Gerechtigkeit ganz angemessen, den Grad der Schuld, welchen der Inquisit an der Suspension (mithin an der Unterbrechung der Dienstleistung als Bedingung des Gehaltsbezuges) trägt, bey dem Ausspruche über die ihm für die Dauer der Suspension gebührenden Bezüge zu würdigen. So wie es aber zu streng seyn würde, wenn man, dem Einwurfe zu a) Statt gebend, jeden Inquisiten ohne Rücksicht auf den Erfolg der Untersuchung, des Gehaltes für die Dauer seiner Suspension verlustig erklären, und sammt dem Unschuldigen, mehr oder minder Schuldigen in Eine Classe werfen wollte; so würde es nicht minder eine partielle Ungerechtigkeit involviren, wenn man, dem Einwurfe zu b) gemäß, dem unschuldig, mehr oder minder schuldig Befunde-

nen, ohne Unterschied die Gehaltsgebühr für die Dauer der Suspension verabfolgen möchte.

Denn, was hätte in diesem Falle der minder Schuldige oder ganz Schuldlose vor dem im höhern Grade strafbar Befundenen voraus? — Ja, es würde sich sogar noch für den schuldbewußten Inquisiten eine starke Versuchung darbiethen, die Dauer der Untersuchung absichtlich zu verlängern, sobald ihm der volle Gehaltsbezug während seiner Suspension gesichert bliebe.

4.) Es darf wohl mit gutem Grunde angenommen werden, daß die a. h. Gesetzgebung durch wichtige Motive, die den zu 1, 2 und 3 entwickelten mehr oder minder verwandt seyn mögen, sich bestimmt fand, den Grundsatz auszusprechen, daß mit der Suspension vom Amte jederzeit auch die Suspension vom Gehalte verbunden seyn solle.

Dieser Grundsatz enthält schon in sich die factische Anerkennung der Unrichtigkeit des dem Einwurfe b) zum Grunde liegenden Prinzips.

Denn wäre letzteres richtig, so würde es in jedem Falle zwecklos erscheinen, dem Untersuchten den Gehalt zu suspendiren, welcher ihm selbst im Falle seiner gänzlichen Schuldbarkeit, erst vom Tage der Degradation, Entlassung u. s. w. definitiv eingestellt, für die Suspensionsdauer aber jederzeit nachgezahlt werden müßte.

§. 10.

So wie nun einerseits die Verfügung der Gehalts-Suspension in den Fällen der gegen Beamte eingeleiteten Untersuchungen durch wichtige Gründe gerechtfertigt erscheint; so dürfte es sich andererseits auch als Forderung der Gerechtigkeit darstellen, daß über die Frage des Gehaltsnachtrages für die Suspensionszeit, jederzeit von Amtswegen bey Fällung des Finalerkenntnisses über die künftige Behandlung des Inquisiten entschieden werde, wozu Referent die im §. 6 dargestellte Basis vorzuschlagen erachtet.

XXII.

Erläuterung der Frage, ob eine Urkunde, die als Erbvertrag gelten soll, nach den österreichischen Civil-Rechts-Gesetzen jederzeit von drey Zeugen gefertigt seyn müsse.

Vom

Herrn Dr. Carl Schindler.

Die Veranlassung zu dieser Erläuterung gab ein vor Kurzem entschiedener Rechtsstreit, in welchem Aeltern nach dem Tode ihres Sohnes — der mit seiner Ehegattinn einen Ehe- und resp. Erbvertrag abgeschlossen hatte, — sich auf die Intestat-Erbfolge beriefen, weil die Vertragsurkunde zwar vom Ehegatten eigenhändig geschrieben und unterschrieben, aber nur von zwey Zeugen und der Ehegattinn gefertigt war.

Bey Gelegenheit der von den Aeltern eingegebenen Erbserklärung ab intestato, brachten sie in Erfahrung, daß sich die hinterlassene Witwe ihres Sohnes bereits aus dem Ehe- und resp. Erbvertrage zur Erbinn erklärt hatte, weßhalb sie als Kläger gegen die Witwe auftraten und um das gerichtliche Erkenntniß bathen,

„das gegenseitige Testament (so benannten sie die Erbvertrags-Urkunde) sey ungültig, die Erbseinsetzung sey null und nichtig und trete die Intestaterbfolge ein u. s. w.“

Zur weiteren Verständigung des später sammt Beweg-

gründen folgenden erstrichterlichen Erkenntnisses, das im Appellationszuge von dem hohen Appellationsgerichte bestätiget wurde, ist es nothwendig, beyzufügen, daß die Kläger geständig waren, die fragliche Urkunde sey von ihrem Sohne eigenhändig geschrieben und unterschrieben, und die Errichtung des Ehe- und resp. Erbvertrages dessen Willen gemäß gewesen.

Das erstrichterliche Erkenntniß lautete:

„Von dem u. s. w. wird zu Recht erkannt: der Ehe- und resp. Erbvertrag des N. N. und der N. N. (seiner Ehegattinn) dd. . . . . sey rücksichtlich der Verlassenschaft des N. N. (Sohnes der klägerischen Aeltern) gültig, die darin enthaltene Erbseinsetzung habe aufrecht zu stehen, und die Intestat-Erbfolge nicht einzutreten, sondern es sey die Verlassenschafts-Abhandlung nach dem Tode des N. N. auf Grund des Ehe- und Erbvertrages dd. . . . . zu pflegen."

Die richterlichen Beweggründe gingen im Kurzen dahin:

Die Kläger hätten ihr Klagerecht einzig und allein auf den Umstand gestützt, daß das Testament ihres Sohnes dd. . . . . nicht die im §. 579 [1]) des a. b. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten habe, weil die Unterschrift des dritten Zeugen fehle. Allein aus dem Geständnisse der Kläger, daß die Urkunde dd. . . . von ihrem Sohne ganz eigenhändig geschrieben und unterschrieben sey, und dem ferneren Geständnisse, daß sie wüßten, ihr Sohn habe einen Ehe- und resp. Erbvertrag mit seiner Gattinn schließen wollen, sey klar, daß diese Urkunde rücksichtlich der Verlassenschaft ihres Sohnes

---

[1]) Der §. 579 d. a. b. G. B. lautet: „Einen letzten Willen, welchen der Erblasser von einer andern Person niederschreiben ließ, muß er eigenhändig unterfertigen. Er muß ferner vor drey fähigen Zeugen, wovon wenigstens zwey zugleich gegenwärtig seyn sollen, den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen. Endlich sollen auch die Zeugen sich entweder inwendig, oder von außen, immer aber auf die Urkunde selbst, und nicht etwa auf einen Umschlag, als Zeugen des letzten Willens unterschreiben; den Inhalt des Testamentes hat der Zeuge zu wissen nicht nöthig."

die Erfordernisse des §. 578[1]) d. a. b. G. B. habe, daher als gültig bestehen müsse, weil sich hierauf der §. 1249 d. a. b. G. B. beziehe.

Eben so klar sey es sowohl aus dem Inhalte der Urkunde[2]) dd. . . . . weil darin nebst der Gütergemeinschaft auch die Erbfolge stipulirt war, als auch aus der Auf- und Ueberschrift der Urkunde „Ehe- und Erbvertrag," die vom Ehemanne gleichfalls eigenhändig geschrieben war, und aus der schon bey dessen Lebzeiten in Folge des Erbvertrages vorgenommenen Mitvergewährung um die Realitäten seiner Ehegattinn, daß die Ehegatten einen Erbvertrag zu schließen beabsichtigten.

Uebrigens würde auch — wenn man die fragliche Urkunde nach der irrigen Meinung der Kläger als ein zweyseitiges Testament beyder Ehegatten ansehen wollte — das Intestat-Erbrecht keineswegs Platz greifen, weil die letztwillige Verfügung des Mannes dadurch, daß er sie eigenhändig geschrieben und unterschrieben hat, in Rücksicht auf seine Verlassenschaft doch immer als Testament gelten müsse, und der Umstand, daß dieß nicht in Beziehung auf die Verlassenschaft seiner Ehegattinn der Fall wäre, nichts zur Sache thue, weil in wechselseitigen Testamenten ein Theil widerrufen könne, ohne daß deßhalb auf den Widerruf des anderen Theiles mit Nothwen-

---

[1]) Der §. 578 des a. b. G. B. lautet: „Wer schriftlich und ohne Zeugen testiren will, der muß das Testament oder Codicill eigenhändig schreiben und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen u. s. w."

[2]) Der hierauf Bezug nehmende Paragraph dieser Urkunde enthielt nachstehende Bestimmung: „Den Erwerbungsfall anbelangend, treffen beyde Theile das Uebereinkommen, daß im Versterbungsfalle des einen oder des andern Theiles, wenn kein Testament und keine Notherben vorhanden seyn sollten, der überlebende Theil das reine Viertel der Erbsmasse an die nächsten Verwandten des Verstorbenen hinausbezahlen solle; sind aber Kinder oder Aeltern vorhanden, so solle der überlebende Ehegatte als Universalerbe an diese nebst dem gesetzlichen Pflichttheile auch das Viertel der Erbmasse zu verabfolgen haben."

digkeit gefolgert werden müsse (§. 1248) [1]) des allg. bürgerl. G. B.).

Daher könne auch ein wechselseitiges Testament in Bezug auf einen Ehegatten gültig, in Bezug auf den andern aber ungültig seyn. Uebrigens sey auch ein Vertrag im Zweifel so auszulegen, daß er gültig sey (§. 914 d. a. b. G. B.) [2]).

Nach diesem dargestellten Sachverhältnisse — das mit Bezug auf unsere Eingangs aufgestellte Frage sich sehr leicht generalisiren läßt — wollen wir diesen Gegenstand näher beleuchten.

Obgleich wir wohl wissen, wie sehr viele Meinungen der Theorie und Praxis sich hierüber ausgesprochen haben, und wie sehr wir auch das besagte höheren Orts bestätigte Präjudicat um so mehr als eine Autorität betrachten, als dasselbe über die gegen zwey gleichlautende Urtheile ergriffene Revision auch von dem höchsten Gerichtshofe bestätigt wurde: so glaubten wir doch — vielleicht zu unserer eigenen, besseren Belehrung — hier unsere entgegengesetzte Ansicht aussprechen zu dürfen, die wir durch nachstehende Gründe zu vertheidigen uns bemühen werden:

1.) Sagt der §. 1249 d. a. b. G. B. „Zur Gültigkeit eines solchen Vertrages (Erbvertrages) ist jedoch nothwendig, daß er mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werde."

Das Gesetz fordert mithin, damit eine Stipulation der Ehegatten, wodurch der künftige Nachlaß oder ein Theil desselben — pars quota — versprochen und angenommen wird, als

---

[1]) Der §. 1248 des a. b. G. B. lautet: „den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nämlichen Testamente sich gegenseitig oder auch andere Personen als Erben einzusetzen. Auch ein solches Testament ist widerruflich; es kann aber aus der Widerrufung des einen Theiles auf die Widerrufung des andern Theiles nicht geschlossen werden (§. 538)."

[2]) In der hierauf bezüglichen Stelle des §. 914 d. a. b. G. B. heißt es: „Insbesondere soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, daß er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sey."

Erbvertrag gelte, daß das Versprechen und die Annahme die Erfordernisse eines schriftlichen Testamentes haben, denn auf beyden, nicht bloß auf dem einen oder dem andern beruht das Wesen eines jeden Vertrages.

Es soll daher die Urkunde, worin der Nachlaß oder ein Theil desselben versprochen und angenommen wird, als Eins betrachtet, diese Förmlichkeiten besitzen, nicht aber nur die Verpflichtung des einen Compaciscenten — wenn der Erbvertrag einseitig verbindlich abgeschlossen wurde — oder überhaupt eines der Compaciscenten — wenn er wechselseitig verbindlich seyn soll — wie bey schriftlichen Testamenten nachgewiesen seyn.

Als Eins betrachtet, kann aber die Erbvertrags-Urkunde nur damahls die Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes haben, wenn sie von drey Zeugen gefertigt ist, weil beyde Theile sie nicht zugleich ganz eigenhändig geschrieben haben können; es wäre denn, daß dieselbe Stipulation zweymahl abgefaßt würde, was im vorliegenden Falle nicht geschah und gewiß selten oder nie eintreten dürfte.

Wendet man gegen unsere Meinung ein, daß eine Vertrags-Urkunde, die nur von dem Verpflichteten — bey einem einseitig verbindlichen Vertrage, — oder — bey zweyseitig verbindlichen, nur von einem der Verpflichteten gefertigt ist, dennoch gegen diesen als verbindend betrachtet werde, und daß somit der Vertrag als solcher, d. i. Versprechen und Annahme, nicht zugleich erwiesen seyn müsse, um gegen einen Compaciscenten Rechte zu erwerben, so entgegnen wir, daß bey allen Verträgen — Erbverträge und Darleihen, wenn diese schriftlich abgeschlossen worden, ausgenommen — die Fertigung des Verpflichteten in Folge eines ausdrücklichen Gesetzes (§. 114 d. a. G. O. und §. 885 d. a. b. G. B.) genüge, um seine Verpflichtung zu erweisen, und daß sie bey Schuldscheinen durch die Mitfertigung zweyer Zeugen eben so außer Zweifel gestellt werde.

Keineswegs wird aber durch die bloße Fertigung des Verpflichteten auch die Annahme des anderen Compaciscenten,

daher, — so lange diese nicht erfolgte, — nicht der Vertrag erwiesen. Bey den übrigen Verträgen ist dieß nun freylich auch nicht nothwendig, weil das Gesetz nirgends die Gültigkeit der Verpflichtung des einen Compaciscenten an die Gültigkeit des Vertrages oder die Erweisung der Annahme zugleich mit dem Versprechen erheischt, sondern speciell die Bestimmung festsetzte, daß die Erweisung der Verpflichtung allein genüge, und daß daher die Annahme—natürlich innerhalb der Verjährungszeit — nachfolgen könne.

Ganz anders lautet aber die gesetzliche Verfügung bey dem Erbvertrage, bey dem — die allgemeinen Vertragsregeln abgerechnet — der Analogie rücksichtlich der Förmlichkeiten um so weniger Raum gegeben werden darf, als diese ganz abweichend von jenen der übrigen Verträge bestimmt wurden, und der §. 1249 d. a. b. G. B. nirgends eine Erwähnung macht, daß ein Ehegatte vertragsmäßig in Ansehung seines ganzen Nachlasses oder eines Theiles desselben auf eine andere Weise verpflichtet werden könne, als durch den nach Art der schriftlichen Testamente erwiesenen Vertrag oder durch Versprechen und Annahme.

Hätte ferner das Gesetz nur bestimmen wollen, daß die einseitige Verpflichtung eines Compaciscenten durch die Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes dargethan seyn müsse, so würde es sich derselben oder einer ähnlichen Textirung, wie im §. 114 der a. G. O. und des §. 885 d. a. b. G. B. bedient und die Förmlichkeiten auch nur auf die einseitige Disposition beschränkt, nicht aber auf den Vertrag ausgedehnt haben.

Nicht der Buchstabe des Gesetzes allein aber, glauben wir, spricht für unsere Meinung.

Es läßt sich auch ein recht triftiger Grund des Gesetzes für unsere Auslegung des §. 1249 d. a. b. G. B. auffinden.

Erbverträge werden größtentheils als zweyseitig verbindlich abgeschlossen.

Jeder Gerichtsverwalter auf dem Lande — wo die meisten Erbverträge errichtet werden — wird dieß bestätigen müssen.

Ein Gesetz nun, das einen Erbvertrag nur dann für gültig erklärt, wenn er jederzeit von drey Zeugen gefertigt ist, beseitiget hierdurch großentheils die sogenannten hinkenden Verträge, bey welchen, ungeachtet beyde Theile sich gegenseitig zu verpflichten beabsichtigten, dennoch nur ein Theil wirklich verpflichtet ist, und da sich meistens der Eine nur aus dem Grunde verbindet, weil auch der Andere sich verbindlich macht; so wird durch eine solche Maßregel der Wille der Contrahenten unstreitig am zuverlässigsten aufrecht erhalten, was die Absicht eines jeden weisen Gesetzgebers in civilrechtlichen Angelegenheiten ist.

Ganz für unsere Ansicht scheint uns auch,

2.) das Hofdecret vom 25. Juny 1817, J. G. S. 442, Nr. 1340, zu sprechen, denn im Eingange desselben heißt es: „Die Erfahrung hat gelehrt, daß bey mehreren, vorzüglich auf dem flachen Lande, errichteten Ehepacten oder sogenannten Heiraths-Contracten, worin die Brautpersonen oder die wirklichen Ehegatten, nebst anderen Verfügungen, wie immer das Heirathsgut, die Widerlage, die Gütergemeinschaft u. s. w. sich zugleich die Erbfolge versichern, folglich einen Erbvertrag eingehen, dennoch nur die Erfordernisse eines Vertrages überhaupt, nicht aber die Erfordernisse eines schriftlichen Testamentes beobachtet, und daß insbesondre nicht drey, sondern höchstens zwey Zeugen beygezogen werden, u. s. w."

„Um nun diesem Irrthume und der daraus entstehenden Entkräftung der getroffenen Anordnungen wirksamer vorzubeugen u. s. w."

Gewiß ist dem Gesetzgeber nicht entgangen, daß ein Compaciscent des Erbvertrages ihn auch eigenhändig schreiben und unterschreiben könne.

Hätte der Gesetzgeber daher diese Förmlichkeit — Schrift und Unterschrift für zureichend zur Aufrechthaltung des Erbvertrages wenigstens in Ansehung des schreibenden Theiles an-

gesehen, so hätte er sich nicht der vielfachen Zahl ohne alle Hindeutung auf einen Ausnahmsfall bedienen und sagen können, daß durch die Mitfertigung nur zweyer Zeugen die Anordnungen beyder Ehegatten oder Brautleute nothwendig entkräftet werden.

Der Wortlaut dieser nachträglichen Verordnung scheint uns somit jeden Erbvertrag, der nicht von drey Zeugen gefertiget ist, als ungültig zu erklären. Werfen wir auf den Zweck des citirten Hofdecretes einen aufmerksamen Blick, so können wir uns nicht überzeugen, daß er nur darin bestehen sollte, den §. 1249 d. a. b. G. B. zu republiciren.

Nach seinem Eingange zu schließen, hat der Gesetzgeber vielmehr die Erfahrung gemacht, daß man den §. 1249 nicht immer gehörig aufgefaßt habe, weßhalb nebst dessen specieller Kundmachung auch eine Erläuterung darüber nothwendig erachtet wurde.

Worauf sollte nun diese Erläuterung sich beziehen? Wir glauben, die im Contexte des Hofdecretes hervorgehobene Nothwendigkeit der Fertigung dreyer Zeugen enthalte die Erklärung des §. 1249 dahin, daß die Förmlichkeiten eines schriftlichen Testamentes bey dem Erbvertrage — weil er, wie bereits erwähnt, nicht zugleich von beiden Compaciscenten ganz eigenhändig geschrieben seyn kann, — nur in der Mitfertigung dreyer Zeugen bestehen können.

Diese Deutung wird um so wahrscheinlicher, als bey einer streitigen Auslegung eines Gesetzes, jene den Vorzug verdient, bey welcher ein zweyseitig verbindlicher Vertrag eher ganz ungültig, als nur für einen Compaciscenten gültig ist, was gegen den Willen derselben wäre, wie wir bereits bey der Interpretation des §. 1249 selbst bemerkten, hier aber wiederholen zu müssen erachteten, weil die Hinweisung des Hofdecretes vom 25. Juny 1817 auf dreyer Zeugen Fertigung uns noch specieller die aufgestellte Meinung zu unterstützen scheint.

Uebrigens hebt das Hofdecret die wesentliche Verschieden-

heit der Förmlichkeiten des Erbvertrages von den übrigen Verträgen besonders heraus und bestätiget die hierüber ausgesprochene Bemerkung.

3.) Scheint uns — speciell auf den erzählten Rechtsfall bezogen — der durch das Geständniß der Kläger erwiesene Umstand, der Ehegatte habe einen Ehe- und resp. Erbvertrag errichten wollen, hierbey ganz außerwesentlich und bedeutungslos zu seyn, denn es kann immer gerichtsordnungsmäßig dargethan seyn, daß A habe testiren und so testiren wollen; seine letztwillige Disposition bleibt dennoch ungültig, wenn nicht durch die geforderten Testaments-Förmlichkeiten der letzte Wille legalisiret ist, denn diese, nicht die Beweisesarten der a. G. O. erheischt das a. b. G. B. zur Aufrechthaltung einer bestrittenen Erklärung des letzten Willens.

Ist nun nach dem Gesagten die Mitfertigung dreyer Zeugen zur Gültigkeit des Erbvertrages gesetzlich nothwendig, so ist ohne dieselbe jeder bestrittene Erbvertrag für nichtig anzusehen, es mag wie immer gerichtsordnungsmäßig bewiesen seyn, die Compaciscenten hätten einen Erbvertrag des Inhalts errichten wollen, weßhalb auch die Auf- und Ueberschrift „Ehe- und Erbvertrag," abgesehen davon, daß sie ohnehin nichts beweiset, gleichgültig ist.

4.) Dünkt uns der in den erstrichterlichen Beweggründen angeführte Grundsatz, ein Vertrag sey im Zweifel so auszulegen, daß er gültig sey (§. 914 d. a. b. G. B.) hier nicht anwendbar, denn es handelt sich ja hier nicht um die Willensmeinung der Compaciscenten, sondern um deren legale Nachweisung.

Offenbar deutet der §. 914 des a. b. G. B. aber an, daß dort die Rede von einer nicht ganz klaren Textirung des eigentlichen Willens der Contrahenten ist, wornach man, unter der Voraussetzung, sie hätten wirklich eine Aenderung in ihren Rechten oder eine schriftliche oder mündliche Bestätigung derselben beabsichtiget, diese Absicht auch im Contexte — jedoch nur im Zweifel, — ausgesprochen vermuthete.

Von einer Auslegung einer zweifelhaft stylisirten Disposition ist aber ja bey unserem Falle gar keine Rede.

Da wir uns aber ganz der in den Beweggründen ausgesprochenen Ansicht anschließen, daß die Disposition des Ehegatten wenigstens als Testament zu betrachten sey; so dürfte man diese ganze Abhandlung für einen unpractischen Schulstreit erklären, weil das richterliche Erkentniß auch dann, wenn der Erbvertrag null und nichtig wäre, stets gegen die Kläger ausfiele.

Wir bemerken dagegen nur, im vorliegenden Rechtsfalle ist die Unterscheidung allerdings unpractisch, nicht aber im Allgemeinen.

Denn gilt die Disposition des Ehegatten als Testament, so kann sie von ihm während seines Lebens widerrufen werden, ohne daß seine Ehegattinn dagegen eine gegründete Klage erheben kann; nicht aber, wenn sie als Erbvertrag besteht, weil er die darin seiner Gattinn eingeräumten Rechte nicht einseitig widerrufen oder annulliren kann.

XXIII.

Sind die im §. 1429 des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches besonders genannten Geldzinsen und Capitalszinsen von einander verschieden oder nicht?

Vom

Herrn Dr. Thomas Dolliner,

k. k. wirkl. Hofrathe.

---

1. In dem ersten Satze des §. 1429 wird die Regel aufgestellt, daß eine von dem Gläubiger dem Schuldner für eine abgetragene neuere Schuldpost ausgestellte Quittung noch nicht zum Beweise der geschehenen Abtragung auch anderer älterer Posten diene; dann aber fährt eben derselbe Paragraph in einem zweyten Satze so fort: „wenn es aber gewisse Gefälle, Renten oder solche Zahlungen betrifft, welche, wie Geld-, Grund-, Haus- oder Capitals-Zinsen, aus eben demselben Titel und zu einer gewissen Zeit geleistet werden sollen, so wird vermuthet, daß derjenige, welcher sich mit der Quittung des letzt verfallenen Termines ausweiset, auch die früher verfallenen berichtiget habe.“ Hier erscheinen die Geldzinsen von den Capitalszinsen durch Zwischenworte getrennt. Es entsteht daher die Frage, ob beyde eben dasselbe bedeuten, oder ob unter Geldzinsen etwas Anderes zu verstehen sey, als unter Capitalszinsen.

2. Zuvörderst ist es wohl klar, daß der Gesetzgeber mit den Geldzinsen nicht den Begriff solcher Zinsen verbinden wollte,

die im Gelde zu entrichten und den in Naturalien abzutragenden Zinsen entgegengesetzt sind. Denn da die Grund- und die Hauszinsen meistens auch im Gelde zu bezahlen sind, und die Capitalszinsen sogar immer in der nämlichen Währung, wie das Capital selbst, also wenn dieses im Gelde besteht, immer im Gelde, nicht aber in einer zugestandenen Fruchtnießung des Pfandstückes oder in Naturalien entrichtet werden müssen[1]), so würde die im §. 1429 vorkommende Aufzählung der Geld-, Grund-, Haus- und Capitalszinsen sich als eine solche Zusammenstellung von Begriffen darstellen, welche keinem denkenden Kopfe, viel weniger einem Gesetzgeber in den Sinn kommen kann. Sie würde beyläufig dahin ausgehen: Zinsen, die im Gelde, Zinsen, die meistens im Gelde, oder Zinsen, die immer im Gelde zu entrichten sind ꝛc. Die Geld-, Grund-, Haus- und Capitalszinsen stehen in dem Contexte der Gesetzesstelle in einer so engen Verbindung mit einander, daß den ersten nicht wohl eine ganz andere Bedeutung beygelegt werden kann, als die drey letzteren haben. Nun ist es außer allem Zweifel, daß unter Grund-, Haus- und Capitals-Zinsen solche zu verstehen seyen, die von einem Grunde, einem Hause oder einem Capital zu entrichten sind. Also kann man nicht umhin, anzunehmen, daß das Gesetz auch unter Geldzinsen solche Zinsen verstanden wissen wolle, die vom Gelde entrichtet werden müssen.

3. Aber eben diese den Geldzinsen offenbar beyzulegende Bedeutung scheint auf die Meinung zu führen, daß die Geld- und die Capitals-Zinsen des §. 1429 gleichbedeutende Dinge sind. Denn nach Adelung heißt jede Summe Geldes, die man auf Zinsen ausleihet, ein Capital, demnach sind sowohl Capitals- als Geldzinsen solche Zinsen, die vom Gelde zu bezahlen sind, also identisch. Diese Ansicht scheint durch die Anordnung des bürgerlichen Gesetzbuches für Galizien bestätiget

---

[1]) §§. 999 und 1372 des b. G. B., Hofdecr. vom 24. December 1816, Nr. 1305 der J. G. S.

die Schwierigkeit, welche durch die Trennung der Geld- von den Capitals-Zinsen im §. 1429 veranlaßt wird, ohne Berührung derselben hinweg, und erwähnt beyspielsweise bloß der Capitals-Zinsen. Ihm machte es sein Epitomator, Regierungsrath v. Scheidlein[1]) natürlich nach. Professor Schuster[2]), der in seiner Abhandlung über die Verjährungszeit der Mieth- und Pachtzinse nach dem §. 1480 durch dessen Inhalt sich gleichsam aufgefordert fühlen mußte, auch den nahe liegenden und verwandten §. 1429 zu besprechen, fand es doch seiner Absicht gemäß, denselben ganz zu ignoriren, obschon er sonst aus weit entfernteren Quellen und Bächlein Wasser auf seine Mühle herzuleiten weiß. In der ersten italienischen Uebersetzung Vienna 1814 wird die betreffende Stelle des §. 1429 so gegeben: se però riguarda entrate, rendite certe, e pagamenti tali, chi devono venire prestati per lo stesso titolo ed ad un certo tempo, come sono interessi ed affiti di denaro, di fondi, case o capitali, si presume ecc." Der Uebersetzer wollte offenbar sowohl die Geldzinsen als die Capitalszinsen des deutschen Originals in der italienischen Sprache ausdrücken, und durch interessi di denaro e capitali bezeichnen. Da sich aber in seiner Uebersetzung die interessi ebenfalls auf die fondi und case beziehen; da ferner in derselben die affiti nicht nur auf fondi und case, sondern auch auf denari und capitali bezogen werden können, und affiti di denaro, o di capitali kaum denkbar sind, so wird dadurch der Sinn der übersetzten Gesetzesstelle wieder in große Dunkelheit gestellt. In einer andern Uebersetzung Vienna 1815 lautet die fragliche Gesetzesstelle so: „come gli interessi di denaro o di capitali, e le mercedi delle locazioni delle case o di fondi, si presume ecc." Hier erscheinen zwar sowohl die Geld- als auch die Capitals-Zinsen übersetzt; aber

---

[1]) Handbuch des österr. Privatrechts III. Thl. S. 64.

[2]) XI. oder Novemberheft dieser Zeitschrift vom Jahre 1832 S. 428 — 467.

da in dieser Uebersetzung beyde gleich neben einander gestellt sind, so daß nur die Partikel o dazwischen steht, so bleibt doch auch hier der Zweifel übrig, ob capitali bloß eine nähere Erklärung des denaro sey, oder etwas von diesem Verschiedenes zu bedeuten habe. Endlich in der dritten Uebersetzung Milano 1815, die sich selbst als sola ufficiale ankündiget, ist der in die Frage gestellte Satz des §. 1429 so zu lesen: „Ma se si tratta di determinati proventi, rendite o pagamenti tali, che debbono prestarsi per lo stesso titolo, ed ai tempi prefissi, come censi, canoni, affiti di fondi e case, interessi di capitali, si presume etc." In dieser sind wieder die Geldzinsen des deutschen Originals nicht ausgedrückt, sondern nur die Capitalszinsen; denn die censi, canoni sind unstreitig auf fondi e case zu beziehen, bey welchen sie eben so wie die affiti vorkommen. Aus den italienischen Uebersetzungen ist daher über den wahren Begriff der Geldzinsen eben so wenig als aus den Commentarien zu lernen. — Aus den Raths-Protokollen der Hof-Commission in Justiz-Gesetzsachen suchte ich zu erheben, wann, wie und warum die in dem galizischen b. G. B. fehlenden Capitalszinsen in das a. b. G. B. gekommen sind, weil ich hoffte, dadurch auf die wahre Bedeutung, die man mit den Geldzinsen zu verbinden habe, geführt zu werden. Allein mein Suchen war vergebens. Ich konnte in den erwähnten Protokollen keine Aufklärung über jene Fragen finden. Ueberhaupt sind über den §. 583 III. Theil des galizischen und den entsprechenden §. 1429 des a. b. G. B. keine Erinnerungen gemacht worden, die in den Berathschlagungs-Protokollen aufgezeichnet worden wären.

5. Da die Authoritäten über den Unterschied oder über die Identität der im §. 1429 genannten Geld- und Capitals-Zinsen keinen Aufschluß geben, so ist es nöthig, zu untersuchen, ob die unter Nr. 3 angeführten Gründe und Vermuthungen hinreichen, den Satz festzustellen, daß die gedachten Benennungen der Zinsen eines und dasselbe bedeuten. Aus dem Umstande, daß sowohl die Geld- als die Capitals-Zinsen vom

schuldigen Geld zu entrichten sind, kann wohl nicht geschlossen werden, daß beyde als identisch zu betrachten seyen, denn der Titel, aus welchen die einen und die andern zu bezahlen sind, kann verschieden seyn. Das bürgerliche Gesetzbuch für Galizien, welches bloß von Geldzinsen Meldung macht, begriff unter diesem General-Namen gewiß die aus was immer für einem Titel zu bezahlenden Zinsen, läßt sich aber dieses auch von dem allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche, welches Geldzinsen von Capitals-Zinsen trennt, behaupten? Die Bedeutung des lateinischen Wortes: usurae, umfaßt ebenfalls alle Zinsen, die aus irgend einem rechtlichen Titel bezahlt werden müssen. Deßwegen brauchten in den lateinischen Uebersetzungen die Geld- und die Capitals-Zinsen nicht durch besondere Benennungen bezeichnet zu werden. Und sollte auch aus dem Gebrauche des einzigen Wortes: usurae, zu schließen seyn, daß die Uebersetzer Geld- und Capitals-Zinsen für einerley gehalten haben, so ist ja nach dem letzten Satze des dem allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche vorausgehenden Kundmachungspatentes der deutsche Text als Urtext erklärt, nach welchem die Uebersetzungen zu beurtheilen sind. Der deutsche Text aber scheint den Worten nach nicht für die Identität der Geld- und der Capitals-Zinsen zu sprechen. Obgleich es nicht zu läugnen ist, daß sich auch im deutschen Text des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches einige Schreib- und Druckfehler eingeschlichen haben, so kann man doch nicht sogleich annehmen, daß sich dieses auch im §. 1429 ereignet habe, da sich keine historische Spur eines solchen hier unterlaufenen Versehens nachweisen läßt, und auch nichts die Annahme desselben nothwendig macht. Die Vorschrift des Paragraphes wird keineswegs widersinnig oder ungereimt, obschon man sich der Ansicht anschließt, daß die im Paragraphe vorkommenden Geldzinsen nicht die nämliche Bedeutung haben, wie die Capitalszinsen. Auch ist es eben nicht schwer, einen Unterschied zwischen beyden aufzufinden.

6. Es ist bereits erinnert worden, daß im strengeren Sinne eine Summe Geldes, die auf Zinsen ausgeliehen wird,

Capital heiße, daher auch die Zinsen, die aus dem Titel eines gegebenen Gelddarlehens zu entrichten sind, Capitalszinsen genannt werden müssen. Aber nach Adelung hat das Wort: Capital, noch einen weiteren Sinn, und bedeutet eine Summe Geld, insofern sie bestimmt ist, Gewinn zu bringen, im Gegensatz dieses Gewinnes oder der Interessen. Da nun auch eine Summe Geldes, die von den Mitgliedern eines Erwerbgeschäftes eingelegt wird, bestimmt ist, Gewinn zu bringen, und im §. 1182 des b. G. B. ausdrücklich Capital genannt wird, so können auch die unter die Mitglieder zu vertheilenden Gewinnbeträge oder Gewinnantheile, die im §. 1196 ebenfalls Zinsen heißen, unter den Capitalszinsen verstanden werden. Allein den Verzugszinsen, die von rückständigen Kaufpreisen, Pachtschillingen, Miethgeldern, Lohngeldern, Entschädigungs-Summen 2c. bezahlt werden müssen, kann man den Namen: Capitalszinsen, nicht beylegen, weil dergleichen Gelder nicht dazu bestimmt sind, oder zusammengetragen werden, um davon Gewinn (Zinsen, Interessen, Dividenden) zu beziehen, also keine eigentlichen Capitalien sind, obwohl sie bisweilen auch unter dieser Benennung vorkommen mögen. Noch weniger kann man Capitalszinsen jene Zinsen nennen, die man bisweilen von Jemanden fordern darf, an den man gar keine aus einem Vertrage oder einer Beschädigung entsprungenen Forderungen zu stellen hat. So ist nach §. 947 des b. G. B. der in Dürftigkeit gerathene Geschenkgeber befugt, jährlich von dem geschenkten Betrage die gesetzlichen Zinsen, insoweit die geschenkte Sache oder derselben Werth noch vorhanden ist, und ihm der nöthige Unterhalt mangelt, von dem Beschenkten zu fordern, und eben so kann vermöge §. 954 der kinderlose Geschenkgeber, dem nach geschlossenen Schenkungsvertrage ein Kind geboren wird, oder das nachgeborne Kind im Nothfall sowohl gegen den Beschenkten als gegen dessen Erben das Recht auf die gesetzlichen Zinsen des geschenkten Betrages geltend machen; daß in diesen Fällen von keinem Capitale, folglich auch von keinen Capitalszinsen die Rede seyn könne, hat der

Gesetzgeber selbst hinlänglich dadurch zu erkennen gegeben, daß er den im galizischen b. G. B. III. Thl. §§. 65 und 71 vorkommenden Ausdruck: des geschenkten Capitals, in den beyden entsprechenden Paragraphen des a. b. G. B. in die Worte: von dem geschenkten Betrage, des geschenkten Betrages, umgeändert hat. Das b. G. B. für Galizien schloß durch den allgemeinen Ausdruck: Geldzinsen, alle bisher angeführten Arten der Zinsen in sich ein, weil man nicht annehmen kann, daß es die Capitalszinsen, welche doch die gewöhnlichsten sind, habe ausschließen wollen. Das a. b. G. B. hat für gut befunden, die Capitalszinsen als die im gemeinen Leben üblichsten besonders namhaft zu machen. Da es aber dessen ungeachtet die Geldzinsen des galizischen b. G. B. und zwar getrennt von den Capitalszinsen stehen ließ, so ist es offenbar, daß man unter den Geldzinsen des §. 1429 nur die übrigen Arten der Zinsen, die keine Capitalszinsen genannt werden können, also die Verzugszinsen, von den durch Verträge oder zugefügten Schaden begründeten Geldforderungen, wie auch die Zinsen zu verstehen habe, die nach dem Gesetze ohne Bestehen einer eigentlichen Schuldforderung zu bezahlen sind. Geldzinsen von der letzteren Art dürften außer den in den §§. 947 und 954 des b. G. B. bezeichneten noch mehrere aufgefunden werden, wenn man sich die Mühe nähme, die Gesetze eigens in dieser Absicht durchzusuchen.

7. Uebrigens ist es von selbst einleuchtend, daß es bey Anwendung der gesetzlichen Vorschrift im zweyten Satze des §. 1429 eben nicht viel darauf ankomme, ob Geld- und Capitals-Zinsen identisch oder von einander unterschieden seyen, und worin eigentlich der Unterschied zwischen beyden bestehe. Schon die allgemeine Bezeichnung: solche Zahlungen, welche aus eben demselben Titel und zu einer gewissen Zeit geleistet werden sollen, wenn man nur zu größerer Deutlichkeit nach solche noch: wiederkehrende Zahlungen beyfügt, bezeichnen meines Erachtens hinlänglich, was hier nach der Absicht des Gesetzgebers der gesetz-

lichen Anordnung unterliege. Specificationen und Exemplificationen in einem Gesetze sind nicht immer ohne Bedenklichkeit. In dem zweyten Satze des §. 1429 erscheinen sogar beyde zugleich neben einander. Specificationen fallen öfters unvollständig aus und veranlassen Zweifel, ob nicht auch ein anderer Gegenstand, bey welchem der nämliche Grund eintritt, nach der Absicht des Gesetzgebers in die gesetzliche Anordnung einzubeziehen sey. Exempel von Gegenständen, deren Bedeutung vag oder im Volksleben verschieden ist, machen leicht die Frage rege, in was für einer Bedeutung der Gesetzgeber den Gegenstand genommen habe. Die im §. 1429 genannten Gegenstände, welche zum Theil im §. 1480 wieder erscheinen, haben bey diesem schon zu mehreren Zweifeln, Anfragen und Disputen Anlaß gegeben. Auch in den lateinischen und italienischen Uebersetzungen des §. 1429 sind die in dessen zweyten Satze namhaft gemachten Gegenstände nicht immer auf gleiche Art interpretirt worden. Wäre die Protasis dieses Satzes ganz einfach ohne alle Enumeration und Beyspiele, auf die von mir oben angegebene Art ausgedrückt, so würde, wenn ich anders recht sehe, allen weitern Zweifeln über den wahren Sinn und Umfang der gedachten Vorschrift vorgebeugt seyn.

XXIV.

Ueber den letztwillig angeordneten Schulderlaß.

Vom

Herrn Dr. F. K. Prockner,

k. k. o. ö. Professor des österr. Civilrechtes an der Universität zu Innsbruck.

---

§. 1.

Schulderlaß.

Ein Schulderlaß tritt ein, wenn der Gläubiger zum Vortheile seines Schuldners seinem Rechte entsagt, und dadurch die Verbindlichkeit desselben aufhebt. Der §. 1444 des a. b. G. B. sagt: „In allen Fällen, in welchen ein Gläubiger berechtiget ist, sich seines Rechtes zu begeben, kann er demselben auch zum Vortheile seines Schuldners entsagen, und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben." Die Entsagung im Sinne dieses Paragraphes, in welchem von einem Gläubiger und Schuldner gesprochen wird, ist zunächst nur auf persönliche Forderungen zu beschränken. Diese Beschränkung liegt auch schon in dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, vermöge welchem man einen dinglich Berechtigten der Regel nach nicht einen Gläubiger, und einen dinglich Verpflichteten nicht einen Schuldner zu nennen pflegt. Z. B. einen Servitutsberechtigten, einen Servitutsverpflichteten. — In den §§. 449, 461, 465 ist zwar die Rede von einem

Pfandgläubiger, aber bloß deßhalb, weil demselben auch eine persönliche Forderung gegen seinen Schuldner zusteht. Auch der §. 668 faßt das Wort Forderung als eine persönliche, die einen Gläubiger und Schuldner voraussetzt, auf, womit der Gesetzgeber die eigenthümliche Bedeutung des gemeinen Sprachgebrauches bestätiget. Die §§. 467 und 524, welche von einer Erlöschung des Pfand- und Servitutsrechtes sprechen, sind nur als eine Ausdehnung des §. 1444 auf dingliche Rechte anzusehen.

§. 2.

Erfordernisse eines Schulderlasses überhaupt.

Damit eine Erlöschung einer Schuldverbindlichkeit durch Entsagung — Erlaß — eintrete, ist nach §. 1444 erforderlich:

1.) Der Gläubiger muß berechtiget seyn, sich seines Rechtes zu begeben, wozu in der Regel Jeder befugt ist, der seine Angelegenheiten selbst besorgen kann. Daß Rechtsbegebungen unfähiger Personen, oder durch Gewalthaber, wenn sie nicht eine besondere hierauf lautende Vollmacht haben, ohne Rechtskraft seyen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Aber auch nicht jede Rechtsentsagung fähiger Personen begründet eine Erlöschung der Schuldverbindlichkeit, nämlich dann nicht, als durch eine solche Rechtsbegebung die Rechte Anderer beirrt würden, z. B. wenn einer aus mehreren Correalberechtigten seinem Forderungsrechte entsagt, so ist die Schuldverbindlichkeit des Schuldners dadurch hinsichtlich der übrigen Correalberechtigten nicht erloschen.

2.) Der Gläubiger muß zum Vortheile des Schuldners entsagt haben. Dieß setzt also voraus:

a) Das Daseyn eines Schuldners, dessen Gläubiger der Entsagende ist. Aus diesem Grunde kann man also die Erklärung des Erben oder Legatars, die Erbschaft oder das Legat nicht annehmen zu wollen, nicht hierher zählen; denn diejenigen Personen, die hieraus Vortheil ziehen, sind nicht

Schuldner des Entsagenden, sie erhalten das Erledigte aus einem von diesem unabhängigen Titel, entweder jure substitutionis, accrescendi, oder delationis. Gleichgültig aber ist es übrigens, ob der Schuldner bey Lebzeiten des Gläubigers oder erst nach dessen Tode zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit angehalten werden kann. So kann ein Schuldner, wenn er die Erfüllung seiner Verbindlichkeit der eigenen Willkür vorbehalten hat, §. 904, ganz sicher durch die Entsagung des Gläubigers von selber befreyt werden, obgleich dieser sein Recht nur gegen die Erben seines Schuldners hätte geltend machen können. Eben so kann ein Erblasser seinem Notherben die Anrechnung erlassen, obgleich er bey seinen Lebzeiten von diesem nichts fordern kann; ja dem Notherben sogar freysteht, auf die Erbschaft zu verzichten, und so sich von der Anrechnung zu befreyen.

b) Die Einwilligung des Schuldners; denn aus einer bloß einseitigen Verfügung des Gläubigers in seiner Rechtssphäre kann niemand Anderer Rechte der Befreyung erlangen, so lange nicht auch der gesetzlich geachtete Wille des Schuldners hinzutritt[1]). Deutlich unterscheidet auch der österreichische Gesetzgeber an zwey Stellen die Erlassung einer Verbindlichkeit von der bloß einseitigen Verzichtleistung; nämlich in den §§. 939 und 1381.

Die Erlassung einer Schuldverbindlichkeit wird im b. G. B. gleichbedeutend mit Entlassung von einer Verbindlichkeit, §. 1263, Befreyung, §§. 663, 669 und 839, genommen, welches auch dem allgemeinen Sprachgebrauche zusagt, nach welchem man eine gleiche Wirkung hinsichtlich des Schuldners beabsichtiget; wenn man z. B. sagt: ich entlaß den Schuldner seiner gegen mich aufhabenden Verbindlichkeit, oder ich befreye ihn von der Bezahlung der Schuld.

---

[1]) Eine Verzichtleistung eines vermeintlichen Erben auf sein Erbrecht, §. 551, ist daher keine Entsagung im Sinne des §. 1444 des b. G. B.

§. 3.

Arten des Schulderlasses.

Jeder kann die Schuld eines Andern erlassen, entweder durch eine letztwillige Anordnung, oder durch einen Vertrag, nämlich: wenn der Erlaß zum Vortheile des Schuldners, mit der an ihn gerichteten Absicht geschieht. Der Schulderlaß kann daher ein letztwilliger, oder ein vertragsmäßiger seyn. Durch den einen so wie durch den andern kann man entweder seine eigene Forderung erlassen, oder Jemand verpflichtend bestimmen, daß er seinen eigenen, oder den Schuldner eines Dritten von seiner Verbindlichkeit befreye. Der Schulderlaß kann also auch ein eigener oder ein fremder, hinsichtlich des Erlassenden, seyn. Ein Beyspiel eines letztwilligen eigenen Schulderlasses ist das Befreyungs-Legat — legatum liberationis — §§. 663 und 669. Ein Beyspiel eines letztwilligen fremden Schulderlasses wäre, wenn ich Jemanden als Erben oder Vermächtnißnehmer einsetze, mit der Bedingung, oder dem Auftrage, daß dieser zu Gunsten seines Schuldners seiner Forderung entsage, §§. 650, 662. Was ein vertragsmäßiger eigener Schulderlaß ist, ist klar. Ein vertragsmäßiger fremder Schulderlaß wäre, wenn ich meinem Mitcontrahenten die Verbindlichkeit auflegen würde, daß er seinem Schuldner die Schuld erlasse.

Der letztwillige Schulderlaß kann in dreyfacher Form angeordnet werden:

a) Entweder unter einer, einem Erben oder Legatar beygerückten Bedingung,

b) oder unter einem, diesen Personen gemachten Auftrage,

c) oder als Legat.

Den Schulderlaß in erster Form kann man einen willkührlich, in den beyden andern Formen einen nothwendig zu befolgenden Schulderlaß nennen, nämlich hinsichtlich dessen, der den Schulderlaß zu bewerkstelligen hat;

weil, wenn einem Erben oder einem Legatare der Schulderlaß als Bedingung gesetzt wurde, es von seinem Willen abhängt, die Bedingung zu erfüllen oder nicht; und wenn er sie nicht erfüllt, auch von den Substituten oder denjenigen, an welche der erledigte Erbtheil oder das Legat jure accrescendi, oder jure delationis gelangt, nicht erfüllt werden darf. Ist hingegen der Schulderlaß in Form eines Auftrages oder eines Legates angeordnet, so muß derselbe erfüllt werden. Hiervon das Weitere im Verfolge der Abhandlung.

§. 4.

Erfordernisse eines letztwilligen Schulderlasses.

Zur möglichen Wirksamkeit eines Schulderlasses, wenn er letztwillig angeordnet wurde, sind nachstehende, theils positive, theils negative Erfordernisse nothwendig:

a) positive:

1.) Der Erblasser muß testirungsfähig seyn, §§. 565 und 647.

2.) Die Person, welcher der Schulderlaß in Form eines Vermächtnisses hinterlassen wurde, muß erbfähig seyn, §. 647; welche Erbfähigkeit in der Regel (§. 699) an dem Anfallstage des Vermächtnisses vorhanden seyn muß, §. 684.

3.) Die letzte Willenserklärung, worin der Schulderlaß angeordnet ist, muß gültig seyn, §. 647.

4.) Der mit dem Schulderlaß als Legatar Begünstigte muß den Erblasser überlebt haben, §. 536.

b) negatives:

5.) Der mit dem Schulderlaß Bedachte darf sich nicht erklären, das Legat nicht annehmen zu wollen.

§. 5.

Nähere Erklärung hierüber.

Ad 1). Die §§. 566, 568, 569, 574 und 578 enthalten Bestimmungen über die Testirungsfähigkeit. Aus ihrem In-

halte ersieht man, daß einige der daselbst erwähnten Personen in jeder Beziehung, andere hingegen nur in gewisser Hinsicht testirungsunfähig sind. — Von den Personen ersterer Classe kann hier ohnehin keine Rede seyn. Was Minderjährige betrifft, darüber gibt der §. 569 hinreichenden Aufschluß. Nicht so klar aber dürfte die gesetzliche Aussage des §. 568 hinsichtlich erklärter Verschwender seyn; daher ich hierbey etwas verweile.

Der §. 568 sagt: Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu. Daraus folgt: daß ein von ihm angeordneter Schulderlaß nur dann gültig seyn wird, wenn er die Hälfte seines Vermögens nicht übersteigt. Hätte ein solcher Verschwender wirklich über mehr als die Hälfte seines Vermögens verfügt, so müßte, wenn a) ein eingesetzter Erbe vorhanden ist, dieser zunächst, da ihm alle Legate zur Last fallen, §. 649, den Schulderlaß anerkennen, und daher von der ihm erübrigenden Erbschaft so viel an die gesetzlichen Erben des Erblassers abtreten, bis diesen die Hälfte des Erblasser'schen Vermögens erübrigt. Würden aber b) die schon angeordneten Legate die Hälfte des Vermögens überschreiten, dann dürfte der von Mehreren öfters erhobene Zweifel berücksichtiget werden, nämlich: ob

1.) in diesem Falle jene Legatare unbefriedigt bleiben, die der Verschwender, nachdem er schon hinsichtlich früher Ernannter über die Hälfte seines Vermögens verfügte, noch weiter ernannte?

2.) oder ob alle Legatare bis zur Ergänzung der den gesetzlichen Erben gebührenden Hälfte sich einen verhältnißmäßigen Abzug müssen gefallen lassen.

Jede dieser Meinungen hat ihre Vertheidiger. Diejenigen, welche die erste Meinung behaupten, begründen sie damit, indem sie sagen: Wenn ein gerichtlich erklärter Verschwen-

der, nachdem er über die Hälfte seines Vermögens verfügte, noch weiters letztwillig disponirt hat, so ist diese weitere Verfügung, welche die Hälfte seines Vermögens übersteigt, ungültig; denn so wenig ein, in seiner letztwilligen Verfügung hinsichtlich seines Vermögens unbeschränkter Erblasser in der Regel (§. 662) über ein fremdes Vermögen auf eine gültige Art letztwillig verfügen kann, eben so wenig kann auch ein solcher Verschwender über mehr als über die Hälfte seines Vermögens gültig testiren, weil dieser die Hälfte seines Vermögens übersteigende Theil, worüber sich die Dispositionsfähigkeit eines solchen Erblassers nicht mehr äußern kann, eben so anzusehen ist, als wäre er nicht vorhanden, als wäre er fremdes Vermögen. Hat ein freyer Erblasser über eine größere Summe verfügt, als sein Vermögen beträgt, so kann man nicht sagen, er habe über ein fremdes Vermögen verfügt, sondern nach einer durch die Absicht des Gesetzgebers aufgefaßten Vermuthung nur, daß er sich in seinen Bestimmungen geirrt habe, §. 558. Dieß läßt sich aber von einem gerichtlich erklärten Verschwender nicht behaupten, der, insoferne er über mehr als die Hälfte seines Vermögens verfügte, wirklich eine Anordnung über ein, seiner Dispositions-Sphäre gesetzlich entzogenes, für ihn nicht vorhandenes Vermögen gemacht hat. Auch die Vermuthung eines Irrthumes kann nicht Platz greifen, weil der Verschwender nach §. 2 des b. G. B. wohl wissen muß, daß nur ein gesetzlich bestimmter Quottheil seiner letztwilligen Verfügungsfreyheit überlassen wurde, also auch, daß jede Anordnung, welche die Hälfte seines Vermögens übersteigt, ungültig sey. Ein Beyspiel wird das Gesagte deutlicher darstellen. Ein gerichtlich erklärter Verschwender, der mit Hinterlassung eines activen Vermögens von 8000 fl. gestorben ist, machte hierüber folgende Anordnung: 1.) A soll 2000 fl. als Legat erhalten; 2.) B soll 1500 fl. bekommen; 3.) dem C vermache ich 500 fl., und 4.) dem D endlich erlasse ich seine Schuld pr. 2000 fl. Aus diesem Beyspiele ist ersichtlich, daß der Erblasser schon durch die Anordnung der

drey ersten Legate mit der Hälfte seines Vermögens verfügt hat. Da nun seine Dispositionsfähigkeit nicht weiter geht, so ist es klar, daß seine weitere Anordnung hinsichtlich des Schulderlasses an den D ungültig seyn müsse. Noch deutlicher, sagen die Anhänger dieser Ansicht, trete die Richtigkeit ihrer Behauptung hervor, wenn man den Fall setzt, daß der in der Frage stehende Erblasser, nachdem er bereits über die Hälfte seines Vermögens zu Gunsten des A, B und C verfügt hat, in einem späteren Codicille dem D den Schulderlaß vermacht habe. Niemand, sagen sie, wird in diesem Falle zweifeln, daß das Legat des D ungültig sey, eben, weil der Erblasser, da er durch eine frühere Anordnung bereits über die Hälfte seines Vermögens verfügt hat, keine weitere Anordnung über die andere Hälfte des Vermögens mehr treffen konnte. Muß man dieses aber zugeben, warum soll man nicht die nämliche Ansicht geltend machen können, wenn D in der nämlichen letzten Willenserklärung, aber später als A, B und C bedacht worden ist?

Jene, welche die Frage eines verhältnißmäßigen Abzuges behaupten, sagen: Die Hälfte des Vermögens, worüber ein gerichtlich erklärter Verschwender testiren kann, bildet hinsichtlich der ihm hierüber eingeräumten Dispositionsfähigkeit ein Ganzes. So wie aber, wenn ein anderer in seinen Verfügungen sonst unbeschränkter Erblasser über den Stand seines Vermögens hinaus noch Anordnungen machte, die nicht alle vollkommen befolgt werden können, doch die dadurch zuletzt Bedachten nicht unbefriediget bleiben, sondern nur mit den Uebrigen gleich einen verhältnißmäßigen Abzug leiden, so wäre nicht abzusehen, warum man von dieser, doch selbst gesetzlich angenommenen Ansicht (§. 692) in dem vorliegenden Falle abweichen sollte? besonders, da es im Grunde genommen doch nur zufällig ist, daß ein Legatar früher, als der andere genannt wurde, und der Wille des Erblassers die Begünstigung der späteren Legatare eben so, wie jene der früheren beabsichtigte. Eben deßhalb kann kein Legatar vor dem andern einen

Vorzug ansprechen. Sieht man ferners, sagen die Verthei-diger dieser Ansicht, auf die Absicht des Gesetzgebers, so be-zielt sie nicht zunächst den Vortheil derjenigen, welche durch den Willen des Erblassers begünstiget sind, und seyn sollen, sondern sie geht zunächst dahin, den gerichtlich erklärten Ver-schwender deßhalb in seiner Dispositionsfreyheit zu beschrän-ken, damit dessen gesetzlichen Erben die Hälfte seines Vermö-gens erübrige, welche Hälfte aber diese immerhin erhalten, wenn die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug leiden. Gleichgültig ist es demnach auch, ob der erklärte Verschwen-der die erwähnten Legate in einer oder mehreren auf einan-derfolgenden letztwilligen Anordnungen einsetzt, und ob er ge-wußt habe oder nicht, daß er durch seine Verfügungen die Sphäre der seiner Dispositionsfreyheit überlassenen Hälfte überschritten habe.

Ich bekenne mich zur ersteren Ansicht, da die hierfür an-geführten Gründe ganz im Geiste des Gesetzes liegen und über-wiegender sind. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Absicht des Gesetzgebers durch die ausgesprochene Beschränkung dahin gehe, den gesetzlichen Erben des Verschwenders die Hälfte seines Vermögens zuzuwenden; allein sie ist eben so klar, daß er nicht weiter, als bis zur Hälfte mit seinem Ver-mögen zu verfügen berechtiget ist.

§. 6.

Fortsetzung.

Ad 2). Ist der Schulderlaß in Form eines Legates hin-terlassen worden, so muß der Schuldner erbfähig seyn, §. 647. Hieraus folgt, daß einem des Erbrechtes Unwürdigen, vom Erbrechte Ausgeschlossenen, das Legat des Schulderlasses nicht gültig hinterlassen werden kann. Indessen hat man hier we-sentlich die Zeitpunkte der eingetretenen Unwürdigkeit und Ausschließung, so wie im Falle des §. 543 das mögliche Recht des Legatars zu berücksichtigen. — Hat sich der Schuldner des Erbrechtes erst unwürdig gemacht, nachdem dessen Gläubiger

den Schulderlaß angeordnet hatte, so ist das Legat ungültig, und die Erben können die Bezahlung der Schuld fordern. Hat der Gläubiger aber den Schulderlaß später, als die Erbsunwürdigkeit eintrat, angeordnet, so ist das Legat des Schulderlasses gültig, weil aus dem Umstande der Zeit dieser gemachten Verfügung deutlich erhellet, daß ihm der Erblasser vergeben habe; jedoch, wie sich von selbst versteht, unter der Voraussetzung, daß dem Erblasser die Erbsunwürdigkeit des Schuldners bekannt war. Diese Vergebung kann auch bedingt seyn, und erst vollkommen nach dem Tode des Erblassers eintreten, wenn nämlich der Gläubiger die Schuld seinem Schuldner unter einer aufschiebenden Bedingung vermacht hätte.

Eben so ist es mit der Erbsunfähigkeit aus einer der im §. 542 angeführten Ursachen. Trat eine Ausschließungsursache nach der vom Gläubiger bereits gemachten letztwilligen Anordnung ein, so ist der vermachte Schulderlaß ungültig, also auch dann, wenn eine vom Schuldner unterdrückte letztwillige Anordnung wieder zum Vorschein käme; denn die Handlung der Unterdrückung, woran der Gesetzgeber die Ausschließung vom Erbrechte knüpft, ist vollbracht, und der Zufall, daß sie wieder zum Vorschein gekommen ist, kann die für den Schuldner anfänglich beabsichtigte Begünstigung nicht mehr bewirken [1]). Hätte aber der Erblasser später im freyen Zustande in einer neueren gültigen letzten Willenserklärung diesen Schulderlaß wieder angeordnet, so ist derselbe gültig, da die im §. 542 angeordnete Ausschließung sich nur auf jene Willenserklärungen beziehen kann, hinsichtlich deren sich der Schuldner einer der bezeichneten Handlungen schuldig machte, durch welche er die Erkenntniß des wahren Willens des Erblassers

[1]) v. Gapp's Abhandlung über die Frage, ob der §. 541 des a. b. G. B. sich auch auf die Nachkommen desjenigen beziehe, der nach §. 542 desselben vom Erbrechte ausgeschlossen ist. In Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde. Jahrgang 1825, II. Band.

unmöglich zu machen suchte, was sich aber von einer neuerdings errichteten letztwilligen Anordnung nicht behaupten läßt.

Soll der Schuldner aus einer der im §. 543 angeführten Ursachen erbsunfähig seyn, so muß der Erblasser entweder Gatte eines Andern, oder des Schuldners Ascendent oder Descendent gewesen seyn. War der Erblasser Gatte eines Andern, und war sowohl er als der Schuldner, oder auch nur Letzterer des Ehebruches gerichtlich geständig oder überwiesen, so ist der Schuldner den ihm letztwillig vermachten Schulderlaß anzusprechen nicht im Stande. Wäre aber bloß der Erblasser des Ehebruches gerichtlich geständig, oder überwiesen, nicht aber der Schuldner, so ist dieser nicht erbsunfähig, kann also wirksam den Schulderlaß, den der Erblasser anzuordnen berechtiget war, gegen die Erben ansprechen; denn der Grund, warum Personen aus den, in diesem Paragraphe bezeichneten Ursachen erbsunfähig sind, nämlich: ihnen die Hoffnung zu benehmen, aus einer solch unsittlichen Handlung Vortheil zu ziehen[1]), kann auf Jene nicht angewendet werden, bey denen jene Umstände nicht alle zutreffen, an die der Gesetzgeber die Erbsunfähigkeit knüpft. — War der Erblasser Ascendent oder Descendent des Schuldners, so wird der Schulderlaß nach dem §. 543 nur insoweit ungültig seyn, als er die Summe des Pflichttheiles übersteigt; denn der Notherbe ist berechtiget, den Pflichttheil aus dem Gesetze anzusprechen, §§. 727, 729, 762 und 802.

§. 7.

Fortsetzung.

Ad 3). Der §. 647 fordert, daß der Schulderlaß, um als Legat wirksam zu seyn, in einer gültigen letzten Willenserklärung angeordnet werden müsse, welche sie ist, wenn hierbey die gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernisse der inneren und

---

[1]) v. Zeiller's Commentar über das allgem. bürgerl. Gesetzbuch rc. ad §. 543.

äußeren Form vorhanden waren. Worin die äußere Form letztwilliger Anordnungen bestehe, ist aus den §§. 578 — 599 des bürgerl. G. B. zu ersehen. Zur inneren Form gehört die Testirungsfähigkeit des Erblassers, wovon die §§. 565 — 574 sprechen, und die Ernennung des Erben vom Erblasser selbst, §. 564. Dieses letzte Erforderniß muß nebst den andern erwähnten auch eintreten, wenn das Legat des Schulderlasses als solches gültig angeordnet seyn soll. Der Erblasser muß demnach den Schuldner für den Schulderlaß ausdrücklich als Legatar einsetzen, welches er thut, wenn er seine Worte unmittelbar an den Schuldner richtet; z. B. wenn er sagt: dem Schuldner D vermache ich die 100 fl., die ich von ihm zu fordern habe; oder mein Schuldner D soll von der Schuld pr. 100 fl., die er an mich zu zahlen hat, befreyt seyn. Wesentlich davon ist die Anordnung des Erblassers verschieden, wenn er seinem Erben oder Legatar den Schulderlaß zur Bedingung macht oder aufträgt; z. B. wenn er sagt: A soll mein Erbe seyn, wenn er meinen Schuldner D von seiner Schuld an mich pr. 100 fl. befreyt. Eine solche Anordnung ist nicht die Bestimmung des Schulderlasses als Legat. Hiervon weiter unten.

Obgleich die Anordnung eines Legates das Daseyn einer gültigen letzten Willenserklärung voraussetzt, so läßt sich doch nicht in Abrede stellen, daß Legate, folglich auch jenes des Schulderlasses, auch aus einer ungültigen letzten Anordnung Wirksamkeit haben können, nämlich dann: wenn selbe von den gesetzlichen Erben nicht bestritten wird, oder nicht mehr bestritten werden kann (§. 1487); denn nach den Hofdecreten vom 15. October 1792 und 12. August 1812 darf das Gericht eine unförmliche oder sonst ungültige letztwillige Anordnung von Amtswegen nicht verwerfen; sie muß also, so lange sie nicht bestritten wird, oder nicht mehr bestritten werden kann, als gültig angesehen, somit die daraus angesprochenen Rechte beachtet werden.

§. 8.

Fortsetzung.

Ad 4 u. 5). Hat der Legatar den Erblasser überlebt, so erwirbt er in der Regel §. 684 (§. 699) gleich nach dem Tode des Letzteren das Legat, welches jedoch mit Hinsicht auf die Randanmerkung ad §. 684 und mit Hinsicht auf den Inhalt des §. 685 nur so viel heißen kann, daß er das persönliche Recht zum Legate erwirbt; denn der Gesetzgeber unterscheidet sehr wohl den Zahlungstag, d. h. den Tag, an welchem der Legatar das ihm zustehende Recht geltend machen kann, von dem Anfallstage, an welchem er bloß das Recht auf das Legat für sich und seine Erben erwirbt, ohne es jedoch schon fordern zu können. Der Grund dieser Erwerbung liegt außer der vom Erblasser ausgesprochenen Anordnung auch in dem vom Gesetzgeber angenommenen vermutheten Willen des Legatars, das Legat annehmen zu wollen, der nur durch einen gegentheilig erklärten Willen aufgehoben werden kann.

§. 9.

Von den Wirkungen und Folgen eines letztwillig angeordneten Schulderlasses überhaupt.

Die Wirkungen eines letztwilligen Schulderlasses sind theils directe, nämlich solche, die sich unmittelbar gegen den Schuldner oder andere Personen äußern, theils indirecte, d. i. solche, die sich nur mittelbar entweder an dem Schuldner, oder an andern Personen wirksam zeigen, und die man Folgen des Schulderlasses nennen kann. Um diese gehörig zu entwickeln, sind die verschiedenen Arten des letztwilligen Schulderlasses näher ins Auge zu fassen. Zunächst bemerkbar ist der Unterschied zwischen

a) einem willkührlich zu befolgenden, und

b) einem nothwendig zu befolgenden Schulderlaß (§. 3).

§. 10.

a) Wirkungen eines willkührlich zu befolgenden Schulderlasses.

Ist ein Erbe oder Legatar eingesetzt, mit der Bedingung, einen benannten Schuldner von seiner Schuld zu befreyen, und die Bedingung ist möglich zu erfüllen, so besteht die von dem Erblasser beabsichtigte unmittelbare Wirksamkeit des angeordneten Schulderlasses darin: daß der ernannte Erbe oder Legatar kein Recht erwirbt, bevor er den ihm unter einer aufschiebenden Bedingung auferlegten Schulderlaß nicht erwirkt; oder daß er des erworbenen Erbrechtes oder Legates verlustig werde, wenn ihm der Schulderlaß unter einer auflösenden Bedingung auferlegt wurde. In keinem dieser beyden Fälle erhält der Schuldner selbst ein Recht gegen einen soartig eingesetzten Erben oder Legatar auf die Befreyung — Erlaß — seiner Schuld zu dringen; indem es in diesen Fällen ganz von der Willkühr dieser eingesetzten Personen abhängt, die Bedingung zu erfüllen oder nicht, je nachdem sie das ihnen zugedachte Recht auf die Verlassenschaft erwerben oder nicht erwerben, oder derselben fortan theilhaftig bleiben, oder derselben verlustig werden wollen.

Ein unter dieser Form einem Erben oder Legatar zur Bedingung gemachter Schulderlaß kann sich auf die Befreyung eines Schuldners gegen was immer für einen Gläubiger beziehen. Z. B. wenn ich sage: A soll mein Erbe seyn, wenn er meinen Schuldner B von seiner Schuldverbindlichkeit befreyt; oder A soll mein Erbe seyn, wenn er seinem Schuldner die Schuld erläßt; oder A soll mein Erbe seyn, wenn er den B von seiner Schuld, die er dem C zu bezahlen hat, befreyt. Will also ein Erbe oder Legatar sein Recht auf die Verlassenschaft geltend machen, so muß er den ihm unter einer aufschiebenden Bedingung auferlegten Schulderlaß vorerst erwirken; folglich wenn

a) dem Schuldner des Erblassers die Schuld zu erlassen

ist, die Schuldsumme sammt den allenfalls rückständigen Zinsen in die Verlassenschaftsmassa gegen Erhalt des allda befindlichen Schuldscheines und einer Quittung einzahlen; wenn

b) dem Schuldner des Erben oder Legatars die Schuld erlassen werden soll, seinem Schuldner den von ihm in Händen habenden Schuldschein ausfolgen, und eine Quittung über den geschehenen Erlaß der Schuldsumme und auch der rückständigen Interessen ausfertigen; wenn

c) der Schuldner eines Dritten gegen diesen von seiner Schuld befreyt seyn soll, diesem Dritten die Schuldsumme sammt rückständigen Zinsen gegen Rückgabe des Schuldscheines und Ausfertigung einer Quittung bezahlen. In diesem dritten Falle ist wohl zu bemerken, daß der Gläubiger nur dann schuldig ist, die Bezahlung anzunehmen, wenn sein Schuldner hierzu einwilliget. Würde der Schuldner nicht einwilligen, der Gläubiger die Bezahlung nicht annehmen, §. 1423, so wäre der Schulderlaß für den Erben oder Legatar eine unmöglich zu erfüllende Bedingung, und der Eine würde kein Erbrecht, der Andere kein Legat erwerben.

Daß in allen drey angeführten Fällen auch die rückständigen Zinsen erlassen werden müssen, ergibt sich aus der Natur des Schulderlasses, welcher nicht bewerkstelliget wäre, wenn der Schuldner hinsichtlich seiner Schuld noch etwas zu bezahlen hätte.

Ist der Schulderlaß unter einer auflösenden oder verneinenden Bedingung auferlegt worden, so leuchtet noch mehr ein, daß der Schuldner kein Recht haben kann, auf die Schuldbefreyung zu dringen, weil dadurch der Erbe seines Erbrechtes, der Legatar seines Legates verlustiget würde, wozu sie weder nach dem Willen des Erblassers, noch weniger aber wider ihren eigenen Willen gezwungen werden können.

Ist die Bedingung des Schulderlasses unmöglich, so hat sie, wenn sie aufschiebend beygerückt ist, die Wirkung, daß die Einsetzung des Erben oder Legatars selbst als ungültig betrachtet werden müsse, §. 698. Z. B. wenn der Erblasser angeordnet

hätte: A soll mein Haus als Legat erhalten, wenn er meinen Schuldner von seiner Schuld befreyt, die Schuld aber entweder schon durch Verjährung erloschen wäre, oder der Schuldner selbe früher an die Massa bezahlt hätte, bevor der Legatar seine Befreyung vernimmt. — Wäre der Schulderlaß unter einer auflösenden Bedingung, die unmöglich zu erfüllen ist, angeordnet, so behält der Erbe sein Erbrecht, der Legatar sein Legat.

Als eine unmögliche Bedingung kann jedoch der inzwischen eingetretene Tod des Schuldners nicht angesehen werden; denn durch die beygerückte Bedingung des Schulderlasses soll die Schuld des Schuldners aufhören, also sowohl dieser, als dessen Erben nach dem Willen des Erblassers von der Bezahlung derselben befreyt seyn.

§. 11.

Fortsetzung.

Bey einem unter dieser Form einer Bedingung angeordneten Schulderlasse sind noch ferner nachstehende Momente zu würdigen:

1.) Wann muß der Schulderlaß bewirkt werden? Zeit.

2.) Wie muß der Schulderlaß erwirkt werden? Art.

3.) An welchem Orte ist der Schulderlaß zu erwirken? Ort.

4.) Geht die Bedingung des Schulderlasses auch auf Jene über, welche den erledigten Erbtheil, oder das erledigte Legat erhalten? Uebergang.

§. 12.

Zeit des zu erwirkenden Schulderlasses.

Bey diesem Momente ist vorerst zu unterscheiden, ob der Schulderlaß a) unter einer aufschiebenden, oder b) unter einer auflösenden Bedingung angeordnet wurde.

Ist ersteres der Fall, so hängt es ganz von dem Belieben des Erben oder des Legatars ab, wann sie die ihnen ge-

setzte Bedingung erfüllen wollen. Die Verlassenschaftsabhandlung wird dadurch nicht verzögert, noch auch der Wille des Erblassers vereitelt. Ist der Erbe mit der aufschiebenden Bedingung des Schulderlasses eingesetzt, so steht, so lange er die Bedingung nicht erfüllt, der Besitz und Genuß seines Erbtheiles einstweilen den gesetzlichen, oder wenn er Miterben hätte, mit denen er von dem Erblasser zum ganzen Nachlasse berufen wäre, diesen seinen eingesetzten Miterben zu, indem diese als ihm fideicommissarisch substituirte Erben angesehen werden §§. 556, 707. Ist ein Legatar unter dieser aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so steht, so lange er diese Bedingung nicht erfüllt, der Besitz und Genuß seines Legates den eingesetzten, und wenn keine solchen vorhanden wären, weil z. B. der Erblasser nur mit Hinterlassung eines Codicills gestorben wäre, den gesetzlichen Erben zu, da in diesem Falle auch diese dem Legatar stillschweigend substituirt erscheinen.

Ist hingegen der Erbe oder Legatar unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt, in welchem Falle es gleichfalls von seinem Belieben abhängt, ob er die Bedingung erfüllen wolle oder nicht, so tritt das oben angegebene Verhältniß zwischen dem bedingt eingesetzten Erben und den gesetzlichen oder andern Miterben, und zwischen dem bedingt eingesetzten Legatar und eingesetzten oder gesetzlichen Erben gerade umgekehrt ein. Der bedingt eingesetzte Erbe oder Legatar bleibt bis zur Erfüllung der Bedingung im Besitze und Genusse seines Erbtheiles oder Legates, und hat gegen die benannten Personen jene Rechte und Verbindlichkeiten, die ihm gegen diese als seine fideicommissarischen Substituten zukommen, §. 708.

§. 13.

Art des zu erwirkenden Schulderlasses.

Der Erbe oder der Legatar muß den Schulderlaß, wenn er ihn zur Erhaltung seines Erbtheiles oder Legates bewirken will, gerade so in Erfüllung bringen, wie er nach der Absicht des Erblassers erfüllt werden muß; es kann daher weder dem

Einen noch dem Andern freystehen, den Schulderlaß unter selbst gewollten Modificationen zu Stande zu bringen. Hieraus folgt:

1.) Ein Erbe, welcher das ihm zugedachte Erbrecht erwerben will, aber sehen würde, daß die Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden, anderer pflichtmäßigen Auslagen, und zur Berichtigung aller Vermächtnisse nicht zureichen dürfte, kann von dem Schuldner hinsichtlich des für ihn zu bewirkenden Schulderlasses keine Sicherstellung fordern, §§. 692 — 699, und der Schuldner ist nicht verpflichtet, eine zu leisten.

2.) Eine Sicherstellung kann auch ein unter eben einer solchen Bedingung ernannter Legatar von dem durch ihn zu befreyenden Schuldner nicht fordern, wenn er gleich selbst sein Legat von dem Erben nur gegen Sicherstellung erhielt.

3.) Eben so wenig wird ein Legatar, wenn er nach Empfang seines Legates einen Abzug an demselben leiden soll, §. 693, berechtiget seyn, von dem Schuldner, für welchen er den Schulderlaß erwirkt hat, eine verhältnißmäßige Rückzahlung zu fordern; denn er hat die Schuldbefreyung, die zu erwirken ganz in seiner Willkühr stand, zur Begründung des Eintrittes seines Rechtes bewirkt, und es tritt gegen ihn der Grundsatz in Anwendung: der Zufall schadet demjenigen, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet, §. 1311. Der Schuldner bleibt also von seiner Schuld befreyt.

4.) Die Bedingung des Schulderlasses muß vollständig in Erfüllung gehen, d. h. der Erbe oder Legatar muß den Erlaß der Schuld so bewirken, daß der Schuldner ferner nicht mehr als Schuldner erscheint, welches der Fall ist, wenn der Erbe oder Legatar die Tilgung sowohl der Hauptschuld, als der allenfalls rückständigen Interessen erwirkt. Würde daher ein Erbe oder ein Legatar den Schulderlaß nur zum Theile erwirken, so ist der Schuldner noch nicht befreyt, der Wille des Erblassers nicht erfüllt, und der Erbe und Legatar werden die ihnen zugedachten Vortheile aus diesem Grunde nicht erwerben können.

5.) Hat der Erblasser die Art des Schulderlasses nicht besonders bezeichnet, so steht es in der Willkühr des Erben oder Legatars, auf welche Art er den Schulderlaß bewirken wolle. Hat aber der Erblasser die Art des zu bewirkenden Schulderlasses bestimmt, so muß der Erbe oder Legatar die Bedingung gerade auch so erfüllen.

Anders aber dürfte die Sache sich verhalten, wenn der Schulderlaß unter der Form einer auflösenden Bedingung einem Erben oder Legatar auferlegt worden wäre[1]). Ueber die Wirkung eines solchen Schulderlasses hinsichtlich des dem Erben oder Legatar aus der Verlassenschaft zugedachten Vortheiles, wenn der Eine oder der Andere den Schulderlaß doch zum Theile bewerkstelliget hätte, hegt man verschiedene Meinungen.

Einige behaupten und sagen: Ein Erbe oder Legatar verliert den ihm zugedachten Vortheil, wenn er den Schuldner auch nur zum Theile von seiner Schuld befreyt; denn der Wille des Erblassers ist, der Schuldner soll Schuldner wie bisher bleiben, und der Erbe oder Legatar soll die ihm zugewendeten Vortheile behalten, nur unter der Voraussetzung, wenn er nichts zur Befreyung des Schuldners unternimmt. Ein Erbe oder Legatar würde aber offenbar gegen den Willen des Erblassers handeln, wenn er auch nur zum Theile die Befreyung des Schuldners erwirkt, und macht sich dadurch nach dem Erblasser'schen Willen des ihm zugewendeten Vortheiles verlustig. So wie der Wille des Erblassers bey dem Schulderlasse unter einer aufschiebenden Bedingung dahin geht, daß der Erbe oder Legatar den Schuldner von seiner Schuldverbindlichkeit befreyen, somit den Schulderlaß gänzlich erwirken soll, so ist der Wille des Erblassers, wenn er den Schulderlaß unter einer auflösenden Bedingung angeordnet hat, dahin

[1]) Ein Erblasser pflegt nur dann eine solche Bedingung zu setzen, wenn er einen Schuldner durch die ihm bekannte Großmuth eines von ihm ernannten Erben oder Legatars nicht befreyt wissen will.

gerichtet, den Schuldner von seiner Schuld nicht, also auch nicht einmahl zum Theile zu befreyen.

Andere sagen: Der Erbe und Legatar behält seine Erbschaft, sein Legat, wenn er auch den Schuldner zum Theile von seiner Schuld befreyt hat. Die Gründe sind: a) Man kann von einem Schuldner, dem seine Schuld nur zum Theile erlassen ist, nicht sagen, er ist von seiner Schuld befreyt; es erhellet vielmehr, daß er noch Schuldner ist. Der Erbe oder Legatar hat also durch die nur theilweise erwirkte Schuldbefreyung nicht gegen den Willen des Erblassers gehandelt. b) Ist die aufschiebende Bedingung des Schulderlasses erst erfüllt, wenn der Schuldner gänzlich befreyt ist, so wird der Schulderlaß, unter welchem man die gänzliche Befreyung der Schuld versteht, auch unter der Form einer auflösenden Bedingung erst eingetreten seyn, wenn der Schuldner von seiner Schuld gänzlich befreyt ist, denn es wäre wirklich nicht abzusehen, warum man den Schulderlaß in einer größeren Ausdehnung annehmen soll, wenn er unter einer aufschiebenden Bedingung, in einer engeren hingegen, wenn er unter einer auflösenden Bedingung gesetzt ist. c) Wäre es aber auch wirklich zweifelhaft, in welcher Ausdehnung das Wort Schulderlaß, wenn er unter einer auflösenden Bedingung angeordnet wurde, zu nehmen sey, so gibt uns der §. 655 die Regel an die Hand, daß Vermächtnisse, folglich auch die, Vermächtnißnehmern (und auch Erben) beygesetzten, Bedingungen so auszulegen sind, daß sie von Wirkung sind. Würde man nun annehmen, daß die dem Erben oder Legatar beygerückte Bedingung des Schulderlasses schon in Erfüllung gegangen wäre, wenn der Eine oder der Andere den Schulderlaß auch nur zum Theile bewirkt hat, so würde das Vermächtniß — die Erbschaft — keine Wirkung haben; man würde gegen das Gesetz und dadurch gegen den Willen des Erblassers handeln. Die nämliche Ansicht erhellet auch aus dem §. 614, wenn eine Substitution (gleichfalls eine Beschränkung des Erben oder Legatars) zweifelhaft ausgedrückt ist, welcher sagt: daß sie in diesem Falle auf eine solche Art

auszulegen ist, wodurch die Freyheit des Erben über sein Eigenthum — welches er auf den Erbtheil hat — zu verfügen, am mindesten beschränkt ist. Man sieht also auch hieraus, daß Beschränkungen offenbar zum Vortheile des beschränkten Erben auszulegen seyen.

Eine dritte Meinung ist, daß dem Erben oder Legatar, der die Befreyung des Schuldners zum Theile bewerkstelliget hat, ein verhältnißmäßiger Abzug zu machen sey. Hätte z. B. der Eine oder der Andere den Schuldner zur Hälfte befreyt, so wird er auch nur die Hälfte seines Erbtheiles oder Legates ansprechen können. Sie sagen: Es ist zwar nicht zu läugnen, daß ein Erbe oder Legatar, wenn er den Schuldner von seiner Schuldverbindlichkeit auch nur zum Theile befreyt, dem Willen des Erblassers entgegen handelt; es ist aber auch nicht in Abrede zu stellen, daß der Erblasser dem Erben oder Legatar den ihm zugewendeten Vortheil erhalten wissen will, so lange sie den Schuldner von seiner bestehenden Verbindlichkeit nicht frey machen, welches erst dann der Fall wäre, wann er durch den Schulderlaß gänzlich aufhört, Schuldner zu seyn, was man aber hinsichtlich einer theilweisen Schuldnachsicht nicht behaupten kann. Da man nun nicht sagen kann, daß ein solcher Erbe oder Legatar dem Willen des Erblassers in jeder Hinsicht entgegen handelte, sondern nur, daß er dem Willen desselben nicht im vollen Umfange entsprochen habe, so kann auch der Wille des Erblassers weder dahin gedeutet werden, daß der Erbe oder Legatar den ihm zugewendeten Vortheil ganz behalte, noch auch dahin, daß er ihn geradezu verlieren soll. Man kömmt also dem Willen des Erblassers, dessen möglichste Aufrechthaltung das höchste Princip des Erbrechtes ist, am nächsten, wenn man weder den gänzlichen Verlust des zugedachten Vortheiles, noch dessen gänzliche Beybehaltung behauptet, sondern wenn man annimmt, daß ein solcher Erbe oder Legatar nach Maß der bewerkstelligten Schuldbefreyung auch nur einen verhältnißmäßigen Antheil an seinem Erbtheile oder Legate bekomme.

Ich zweifle nicht, daß die letztere Ansicht in der Praxis

den meisten Eingang finden wird, weil sie vorzüglich der Billigkeit entspricht. Indessen bin ich der Meinung, daß nach einer richtigen Theorie die erste Ansicht, nämlich die derjenigen, welche sagen: daß ein Erbe oder Legatar den ihm zugedachten Vortheil verliere, wenn er den Schuldner auch nur zum Theile von seiner Schuld befreyt, am meisten dem Princip des Erbrechtes entspricht, welches darin besteht: den erkennbaren Willen des Erblassers möglichst in Erfüllung zu bringen. Wenn ein Erblasser ein Erbrecht, oder ein Vermächtniß an die auflösende Bedingung des Schulderlasses band, so liegt der Wille desselben klar am Tage, daß dem Schuldner von seiner Schuld nichts nachgesehen werden soll, wenn der Erbe oder Legatar fortan im Genusse seines Erbtheiles oder Legates bleiben will. Der Schulderlaß unter einer auflösenden Bedingung bildet gerade den Gegensatz zum Schulderlasse unter einer aufschiebenden Bedingung. So wie der Erblasser den Erwerb des Erbrechtes oder Legates, wenn er den Schulderlaß aufschiebend anordnet, daran knüpft, daß der Schuldner gänzlich von seiner Schuldverbindlichkeit befreyt wird; so will der Erblasser, wenn er den Schulderlaß unter der Form einer auflösenden Bedingung setzt, gerade das Gegentheil, nämlich, daß der Erbe oder Legatar für den Schuldner einen Schulderlaß gar nicht erwirken darf, wenn er seines Vortheiles theilhaft bleiben will.

§. 14.

Ort des zu erwirkenden Schulderlasses.

Um den Ort zu bestimmen, an welchem der Schulderlaß zu erwirken ist, hat man vorerst den Gläubiger zu berücksichtigen, dessen Forderung durch den Schulderlaß aufhören soll. War der Erblasser Gläubiger, so ist es sein Wille, den Schulderlaß dort zu bewerkstelligen, wo er ihn selbst bewerkstelliget haben würde. Da nun nicht vermuthet werden kann, daß der Erblasser die Beschwerde auf sich genommen haben würde, den Schuldner in dem Orte, wo dieser sich aufhält, von seiner Schuld zu befreyen, so hat der Erbe oder Legatar den Schuld-

erlaß am Orte, d. h. im Wohnsitze des Erblassers, den er zuletzt hatte, zu bewirken. — Ist der mit dem Schulderlaß beschwerte Erbe oder Legatar Gläubiger, so hängt es von seinem Willen ab, wo er den Schulderlaß seines Schuldners bewerkstelligen will; in keinem Falle aber kann weder der Eine noch der Andere genöthiget werden, den Schulderlaß an einem andern Orte, als an dem Orte seines Wohnsitzes zu erwirken. — Ist hingegen der Gläubiger eine von dem Erblasser, Erben oder Legatar verschiedene Person, in welchem Falle der Schulderlaß durch Zahlung zu bewerkstelligen ist, so muß der Erbe oder Legatar den Schulderlaß dort erwirken, an welchem Orte der Schuldner selbst seine Verbindlichkeit hätte erfüllen müssen. Hierbey kommen die Vorschriften der §§. 905 und 1420 in Anwendung.

§. 15.
Uebergang des Schulderlasses.

Ist der eingesetzte Erbe oder Legatar erbsunfähig, oder schlägt der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus, oder nimmt der Legatar das Legat nicht an, dann fällt der erledigte Erbtheil entweder an einen nachberufenen, in dessen Ermanglung aber an unbestimmt eingesetzte, oder, auch in Abgang dieser an die gesetzlichen Erben; das erledigte Legat aber an einen nachberufenen, in dessen Ermanglung auf einen Sache-verbundenen Legatar und im Abgange dessen an die Erben, §. 689.

Es frägt sich nun, ob die einem Erben oder Legatar beygerückte Bedingung auf alle Jene übergehe, denen der erledigte Erbtheil, oder das erledigte Legat aus was immer für einem Titel, jure substitutionis, jure accrescendi oder jure delationis zufällt?

Der §. 702 sagt: Eine dem Erben oder Legatar beygerückte Bedingung ist ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers auf den von dem Erblasser nachberufenen Erben oder Legatar nicht auszudehnen. Aus diesem Paragraphe geht hervor, daß, wenn ein Schulderlaß einem Erben oder Legatar als Bedingung bey-

gerückt ist, derselbe nur auf die vom Erblasser substituirten Erben oder Legatare nicht ausgedehnt werden dürfe. Die Nachberufenen haben also den Schulderlaß nicht zu erfüllen, somit ist die Bedingung des Schulderlasses, sey sie aufschiebend oder auflösend beygerückt, für diese unwirksam. Der Grund, warum Bedingungen auf nachberufene Erben oder Legatare nicht ausgedehnt werden, liegt, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentar zu diesem Paragraph bemerkt, darin: weil Bedingungen gewöhnlich nur auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Erben oder Legatars, dem sie beygerückt wurden, berechnet sind.

Es frägt sich nun, ob die Nichtausdehnung der Bedingungen auch auf solche Erben und Legatare angewendet werden könne, welche den erledigten Erbtheil oder das Legat jure accrescendi, oder wie gesetzliche Erben §. 562 jure delationis erhalten? Ich bin der Meinung, daß Bedingungen auch auf solche Erben und Legatare nicht ausgedehnt werden dürfen; denn da nach der Bemerkung des Herrn Hofrathes v. Zeiller die Bedingungen gewöhnlich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse berechnet sind, so können sie eben so wenig auf andere, aus was immer für einem Rechtstitel eintretende Erben oder Legatare ausgedehnt werden, als auf Nachberufene. Durch Bedingungen macht der Erblasser nur die Rechte Derjenigen abhängig, denen er sie beygerückt hat. Daß er aber auch die Rechte Derjenigen, welche aus den angegebenen Titeln an die Stelle des früheren treten, eben so beschränken wollte, ist nicht einmahl mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen. — Hinsichtlich nachberufener Erben und Legatare hat der Gesetzgeber dieses ausdrücklich bestimmt. Der gleiche Grund tritt aber auch bey solchen ein, die einen Erbtheil oder ein Legat aus einem anderen Rechtstitel erhalten. Der Grund, warum der Gesetzgeber im §. 702 bloß von nachberufenen Erben und Legataren spricht, scheint mir der zu seyn, daß man, weil der Nachberufene durch den Willen des Erblassers an die Stelle seines Vormannes tritt, vermuthen dürfte, daß der Nachberufene kein anderes, als nur das seinem Vormanne zugedachte Recht

erhalten soll, es wäre denn, daß entweder vermöge des ausdrücklichen Willens des Erblassers, oder vermöge der Beschaffenheit der Umstände eine Beschränkung auf die Person des substituirten Erben oder Legatars nothwendig anzunehmen wäre. So wie ein Nachberufener die mit dem Erbtheile verknüpfte oder seinem Vorerben auferlegte Last übernehmen muß, so hätte man sich verleitet fühlen können, ein Gleiches auch von den Bedingungen auszusagen, da man nicht in Abrede stellen kann, daß auch die Erfüllung von Bedingungen für den Erben und Legatar, wo nicht immer, doch größtentheils als Beschränkung eine Last ist. Um nun dasjenige, was der Gesetzgeber hinsichtlich der von Nachberufenen zu übernehmenden Lasten aussagt, nicht auch auf Bedingungen auszudehnen, fand sich derselbe bewogen, im §. 702 ausdrücklich anzuordnen, daß die einem Erben oder Legatare beygerückte Bedingung auf Nachberufene nicht ausgedehnt werden soll. Dieses aber auch hinsichtlich solcher Erben und Legatare zu verordnen, die einen Erbtheil jure accrescendi oder jure delationis erhalten, fand der Gesetzgeber überflüssig, weil er vermuthete, daß ein Erblasser einem Erben oder Legatare gerade deßhalb eine Bedingung setzte, damit der Nachlaß, wenn er wegen unerfüllter oder erfüllter (auflösender) Bedingung erlediget werden sollte, auf andere — oft von ihm nicht gekannte — Erben oder Legatare falle [1]).

§. 16.

b) Wirkungen eines nothwendig zu befolgenden Schulderlasses.

1.) In Form eines Auftrages.

Wird der Schulderlaß in Form eines Auftrages angeordnet, so steht es zwar in dem Belieben des damit belasteten Erben oder Legatars, den Auftrag zu erfüllen oder nicht. Auch erhält der zu befreyende Schuldner nach der Anordnung des Erblassers kein Recht, auf den Schulderlaß zu dringen, und insoferne wäre der Schulderlaß bloß ein willkührlich zu befol-

---

[1]) Man sehe v. Zeiller's Commentar über das a. b. G. B. zu §. 702.

gender. Da aber der Auftrag als eine dem Erben oder Legatar auferlegte Last anzusehen ist, welche von jedem, der den erledigten Erbtheil oder das erledigte Legat erhält, übernommen werden muß (Regel) §. 606, so ist er in dieser Rücksicht ein **nothwendig zu befolgender** Schulderlaß. Dieß ergibt sich

a) theils aus dem Begriffe und der Natur des Auftrages,

b) theils aus gesetzlichen Anordnungen.

Ad a). Unter einem Auftrage verstehe ich den an Jemanden gerichteten, mit der Absicht einer Nothwendigkeit ausgedrückten Willen, etwas zu thun oder zu unterlassen, ohne geradezu das diesem zu gewährende Recht von derselben abhängig zu machen. — Aus diesem, aus der Natur des Auftrages hergeholten Begriffe ergibt sich, daß der Wille des Erblassers, so weit nur möglich, §. 710, erfüllt werden soll, folglich ohne Rücksicht, ob der Erbe oder Legatar, oder ein Nachberufener, oder jemand Anderer den Erbtheil, das Legat erhält. Deutlicher ergibt sich diese Behauptung, wenn man die Unterschiede, die zwischen einem Auftrage und den Bedingungen obwalten, näher berücksichtiget. Der Auftrag unterscheidet sich von einer Bedingung

1.) **in Ansehung der Art der Willensbestimmung.**

α) Durch den Auftrag drückt man bloß die Nothwendigkeit einer Handlung oder Unterlassung an Jemanden aus, ohne das diesem zu gewährende Recht davon geradezu abhängig zu machen, was aber gerade bey der Bedingung der Fall ist; bey welcher der durch sie gesetzte Umstand nicht als Nothwendigkeit ausgedrückt, sondern vielmehr und zunächst der Willkühr Desjenigen, der sie zu erfüllen hat, anheimgestellt wird.

β) Bey einem Auftrage ist die Absicht des Auftragenden zunächst auf die Realisirung des Auftrages gerichtet; bey einer Bedingung bezielt die Absicht zunächst eine Beschränkung des zu gewährenden oder gewährten Rechtes.

γ) Bey einem Auftrage geht der Wille dahin, daß Jemand das ertheilte Recht verliere, wenn er den Auftrag **nicht** erfüllt; bey einer auflösenden Bedingung geht er dahin, daß das ertheilte Recht erlösche, wenn die Bedingung erfüllt wird.

2.) In Ansehung der Wirkungen.

α) Die Bedingung muß gerade in dem Maße und in der Art in Erfüllung gehen, wie sie ausgedrückt ist, wenn das davon abhängende Recht erworben werden, oder das erworbene fortdauern soll. Der Auftrag hingegen, wenn er nicht genau erfüllt werden kann, läßt auch eine Annäherung, eine theilweise Erfüllung zu, ohne daß deßhalb das erworbene Recht beirrt wird.

β) Die Bedingung übt einen directen Einfluß entweder auf das Werden oder die Dauer des Rechtes; der Auftrag hingegen nur einen indirecten, nicht immer aber nothwendigen Einfluß auf die Dauer des Rechtes aus.

γ) Bedingungen gehen auf nachberufene Erben und Legatare nicht über, weil sie größtentheils der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Bedachten wegen gesetzt sind, wodurch nur dieser beschränkt seyn soll, und weil es der die Bedingung setzenden Person gleichgültig ist, ob die Bedingung eintritt, oder nicht. Dieß ist bey einem Auftrag nicht der Fall, denn der Auftragende will geradezu, daß etwas geschehen oder unterlassen werden soll; der Auftrag ist daher im wahren Sinne des Wortes eine Last; Lasten gehen aber über.

Ad b). Der Gesetzgeber gibt im §. 695 die Arten an, wodurch ein Erblasser seine Anordnung beschränken kann, nämlich: durch eine Bedingung, einen Zeitpunkt, Auftrag oder eine erklärte Absicht. Ganz deutlich ist also der Auftrag als eine eigene Beschränkungsart der Bedingung coordinirt, also etwas anders als diese. Soferne nun der Gesetzgeber den Auftrag hinsichtlich seiner Wirkung einer Bedingung nicht gleichstellt, kann das, was er über Bedingungen anordnet, auf den Auftrag nicht ausgedehnt werden. Von Bedingungen sagt der Gesetzgeber im §. 702 ausdrücklich: daß sie auf nachberufene Erben und Legatare nicht übergehen, und zwar aus den, oben im §. 15 angegebenen Gründen, so auch nicht an andere Personen, welche den erledigten Erbtheil oder das erledigte Legat durch einen anderen Titel überkommen. Diese Aussage kann demnach auf Aufträge nicht ausgedehnt werden.

Der Gesetzgeber unterscheidet hinsichtlich des in der Be-

handlung liegenden Ueberganges in den §§. 563, 606 und 702 nur zwischen Bedingungen und Lasten; somit kann bey der Frage, welche Beschränkungen auf Diejenigen übergehen, welche den erledigten Erbtheil oder das Legat erhalten, auch nur zwischen Bedingungen und Lasten unterschieden werden. Da nun Aufträge im gesetzlichen Sinne keine Bedingungen sind, so können sie nur als Lasten angesehen werden. Last ist Alles, womit Jemand beschwert ist und es ist gleichviel, ob man hinsichtlich seiner Causalität, die geleistet werden soll, oder hinsichtlich der äußeren Güter sich beschwert fühlt. Bedingungen sind zwar größtentheils auch Lasten, gesetzlich aber sind sie von diesen geschieden. Man kann daher sagen: Last ist außer einer Bedingung Alles, wodurch sich Jemand hinsichtlich seiner Causalität oder hinsichtlich äußerer — eigener, oder fremder zu erlangender — Güter beschwert fühlt.

Das Gesetz macht von zweyerley Lasten Erwähnung; nämlich von solchen 1.) die mit einem Erbtheile (auch mit einem Legate) verknüpft sind, und 2.) von solchen, die einem Erben (oder auch Legatar) auferlegt sind, §§. 563 und 606. Hinsichtlich jener Lasten, die mit einem Erbtheile verknüpft sind, unterscheidet der Gesetzgeber weder hinsichtlich der Quelle, wodurch diese Verknüpfung begründet wurde, noch hinsichtlich der Art der Verknüpfung. Hinsichtlich der Quelle kann die Verknüpfung der Last von Seite des Erblassers durch Acte unter Lebenden, oder durch letztwillige Anordnungen, z. B. durch Servituts- oder Pfandverbindlichkeiten, Entrichtung eines (weiteren) Vermächtnisses, oder durch das Gesetz bewirkt seyn; z. B. die Bestreitung der Begräbnißkosten §. 549, Entrichtung des Pflichttheiles §. 783, der Legate §. 649. Hinsichtlich der Art der Verknüpfung ist es gleichgültig, ob sie directe oder indirecte angeordnet ist. Letzteres ist der Fall, wenn dem Erben eine Last auferlegt wurde; denn da der Erbe nur Erbe ist, weil er einen Erbtheil bekömmt, so ist ihm die Last bezüglich auf seinen Erbtheil auferlegt, mit diesem also die Last auf indirecte Art verknüpft. Daß wirklich

auch dann eine Last mit dem Erbtheile verknüpft ist, wenn sie der Erblasser dem Erben auferlegt, geht daraus hervor, weil der Gesetzgeber nach der Ansicht des Erblassers nur solche Lasten davon trennt, welche nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind; alle Beschwerden sonach, die der Erblasser dem Erben auferlegt, sind also Lasten, die mit dem Erbtheile verknüpft sind, insofern sie sich nur nicht auf solche Handlungen beziehen, die von der Persönlichkeit, d. i. den persönlichen Qualitäten des eingesetzten Erben selbst abhängen. Aufträge also, soferne sie sich nicht auf Handlungen dieser Art beziehen, sind demnach auch als Lasten anzusehen, die mit dem Erbtheile verknüpft sind.

Man dürfte zwar glauben, daß der Gesetzgeber unter den Lasten, die der Erblasser dem Erben auferlegt, §. 606, eine andere Art Lasten verstehe, indem, wenn er unter diesen auch Lasten verstanden hätte, die mit dem Erbtheile verknüpft anzusehen wären, er sich gewiß des im §. 563 gebrauchten Ausdruckes auch im §. 606 bedient hätte. Allein diese Ansicht wäre irrig, und dieß ergibt sich daraus:

1.) Geht aus dem Inhalte des §. 563 hervor, daß alle Beschwerden, die mit dem Erbtheile verknüpft sind, Lasten des Erbtheiles sind, wenn sie sich nur nicht auf persönliche Handlungen des eingesetzten Erben beziehen; folglich sind auch die, mit Ausnahme dieser Beschränkung dem Erben auferlegten Lasten auch Lasten, die mit dem Erbtheile verknüpft sind.

2.) Würde man die dem Erben auferlegten Lasten als eine andere Art ansehen, so müßte man nach dem Grundsatze, daß Beschränkungen nicht weiter auszudehnen sind, als sie vermöge des Willens des Erblassers oder vermöge des Gesetzes ausgedehnt werden dürfen, behaupten, daß Nacherben die mit dem Erbtheile verknüpften Lasten nicht übernehmen dürfen, weil auf sie nur die dem Erben auferlegten Lasten übergehen. Diese Behauptung ist aber lächerlich. — Wenn jene Personen, welche den erledigten Erbtheil jure accrescendi oder jure delationis erhalten, die mit dem Erbtheile verknüpften Lasten

übernehmen müssen, so wäre nicht abzusehen, warum hiervon die Nacherben ausgenommen seyn sollen, die doch nach dem Willen des Erblassers kein anderes Erbrecht haben sollen, als welches ihren Vorerben zugedacht war.

3.) Der §. 563 spricht von solchen Erben, welche den erledigten Erbtheil jure accrescendi §§. 260 und 561, oder jure delationis §. 562 erhalten; denn, da er in unmittelbarer Verbindung mit den §§. 560 — 562 steht, so kann er sich auch nur auf gedachte Erben beziehen. Es war also noch zu sagen übrig, ob solche Lasten auch auf Nacherben übergehen, und dieses bestimmt der Gesetzgeber im §. 606 bejahend.

4.) Es wäre auch wirklich schwer, zu sagen, was man unter Lasten, die einem Erben auferlegt sind, zum Unterschied von den mit dem Erbtheile verknüpften Lasten verstehen soll, da unter den letzteren nach §. 563 alle jene auch schon begriffen sind, welche den Erben betreffen, wenn sie nur nicht auf seine persönlichen Handlungen eingeschränkt sind.

5.) Ist es in unserem bürgerl. Gesetzbuche sehr häufig der Fall, daß der Gesetzgeber in seinen Ausdrücken wechselt, ohne daß er damit einen verschiedenartigen Sinn auszudrücken Willens ist, welches er thut, um eine widerliche Eintönigkeit des ohnehin trockenen legislativen Styles zu vermeiden.

6.) Auch Herr Hofrath v. Zeiller macht in seinem Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch bey der Erklärung der §§. 563 und 606 keinen Unterschied zwischen beyden benannten Arten der Lasten. Dieser in die österreichische Legislation tief eingeweihte Gewährsmann verdient, so oft er die Gründe des Gesetzes entwickelt, gewiß auch die vollste Berücksichtigung.

Ich habe nun sowohl aus dem Begriffe und der Natur des Auftrages, so wie aus dem Inhalte der gesetzlichen Bestimmungen gezeigt, daß der Auftrag eine Last sey, wenn er sich nur nicht auf persönliche Handlungen des Erben oder (Legatars) bezieht. Der Auftrag des Schulderlasses, da er nicht unter dieser Beschränkung begriffen werden kann, ist also gleichfalls eine mit dem Erbtheile verknüpfte Last, die von Jenem

übernommen werden muß, welcher aus was immer für einem Rechtstitel den erledigten Erbtheil erhält. Insoferne ist er also ein nothwendig zu befolgender Schulderlaß.

Es lassen sich nun leicht die Wirkungen des Schulderlasses angeben, wenn er in Form eines Auftrages angeordnet wurde.

1.) Der Erbe oder Legatar ist nur schuldig, den Schulderlaß zu bewerkstelligen, wenn Ersterer die Erbschaft angenommen, d. h. sich als Erbe erklärt; Letzterer, wenn er das Legat angenommen hat; denn der Auftrag hat nicht die Wirkung einer aufschiebenden, sondern einer auflösenden Bedingung.

2.) Der Erbe oder Legatar haben aber den Schulderlaß, sobald sie die Erbschaft, oder das Legat angenommen haben, sogleich, d. h. ohne unnöthigen Aufschub, zu bewerkstelligen. Indessen wird der Erbe oder Legatar des ihm zugedachten Vortheiles nicht sogleich verlustiget, wenn er mit der Vornahme der Schuldbefreyung zögert, sondern erst dann, wenn Ersterer sie auf Einmahnung seiner Mit- oder der gesetzlichen Erben, Letzterer sie auf Einmahnung der Erben nicht vollführt, §. 1417. Der zu befreyende Schuldner kann nicht darauf dringen, weil er vom Erblasser hierzu nicht berechtiget wurde. Uebrigens hat der Eine wie der Andere den Schulderlaß so zu bewerkstelligen, wie ich oben in den §§. 10, 13 und 14 bemerkte.

3.) Der Erbe oder Legatar ist nicht schuldig, den ganzen Schulderlaß zu bewerkstelligen, wenn er entweder gar nicht, oder nur zum Theile noch bewerkstelliget werden kann.

4.) Wenn der Erbe oder Legatar den Schulderlaß nicht bewirkt, so verliert Ersterer die Erbschaft, Letzterer das Legat.

5.) Fällt diesem zu Folge die Erbschaft oder das Legat an Nachberufene, oder auf solche, welche vermöge des Zuwachsrechtes §§. 560, 561, 689, oder des Anfallsrechtes §§. 562, 689, einen Anspruch auf den erledigten Erbtheil oder das erledigte Legat haben, so müssen diese den Schulderlaß erwirken.

(Die Fortsetzung folgt.)

XXV.

Fortsetzung der Abhandlung: Ueber den letztwillig angeordneten Schulderlaß.

Vom

Herrn Dr. F. K. Prockner,

k. k. o. ö. Professor des österr. Civilrechtes an der Universität zu Innsbruck.

---

§. 17.

2.) In Form eines Vermächtnisses.

Um die Wirkungen eines Schulderlasses anzugeben, welcher unter dieser Form angeordnet wurde, muß man vor allem andern das Vermächtniß des eigenen und fremden Schulderlasses wohl unterscheiden.

§. 18.

A. Vermächtniß des eigenen Schulderlasses.

Bey diesem Legate können wieder folgende zwey Hauptfälle eintreten. Entweder hat der Erblasser den Schulderlaß zu Gunsten eines Erben, oder eines Legatars oder Mehrerer von ihnen angeordnet. Verordnete der Erblasser denselben zu Gunsten eines Erben, so kann dieser entweder Allein- oder Miterbe seyn.

§. 19.

a) Vermächtniß zu Gunsten eines Erben,

α) der Alleinerbe ist.

In diesem Falle ist die Schuld des Erben an den Erblasser sogleich nach dem Tode des Letzteren in der Regel als erloschen

zu betrachten, §. 1445, welche Erlöschung, wenn der Erbe vor der Annahme der Erbschaft sterben würde, auch seinen Erben zu Statten kommen würde, §. 684. — Die gesetzliche Anordnung des §. 685, vermöge welcher Vermächtnisse, mit Ausnahme besonders Begünstigter, erst nach einem Jahre vom Tode des Erblassers gefordert werden können, kann in diesem Falle nicht in Anwendung gebracht werden; denn diese Anordnung ist eine Begünstigung des Erben, die ihm der Gesetzgeber deßhalb ertheilt, theils um die vielleicht zerstreuten Verlassenschaftsgegenstände alle herbeyzuschaffen, theils den Stand der Verlassenschaft zu untersuchen, um zu sehen, ob er wohl mit Sicherheit aus der Massa alle Legatare befriedigen kann[1]). Auf diese Begünstigung kann aber ein Erbe verzichten, somit als Alleinerbe die Schuld sich als erlassen betrachten. Wären auch Gläubiger vorhanden, so hat das Gericht für sie nur in so weit zu sorgen, als sie es selbst verlangen, §. 811, also nie von Amtswegen; woraus folgt, daß der Erbe vom Gerichte in der Vornahme des ihm zugedachten Schulderlasses, nämlich: in der Zurücknahme des allenfalls ausgestellten Schuldscheines aus der Verlassenschaftsmassa nicht gehindert werden darf, da er ohnehin unbefriedigten Gläubigern, wenn er sich auch mit dem Vorbehalt der Inventur als Erbe erklärt hätte, quoad vires massae haftet, §. 815.

Daß das einem Alleinerben zugedachte Legat des Schulderlasses zwecklos ist, wenn der Erblasser sonst Niemanden mit Legaten bedacht hat, fällt in die Augen; daher auch der Fall einer solchen erblasserischen Verfügung wohl nie eintreten wird. Sind aber außer dem Alleinerben auch noch andere Personen mit Legaten bedacht worden, dann kann das einem Alleinerben zugedachte Legat für ihn von vortheilhafter Wirkung seyn. Hier sind nun zwey Fälle denkbar. Entweder a) drückt der Erblasser den Schulderlaß unmittelbar gegen den Erben aus, oder b), was zwar selten der Fall seyn dürfte, der Erblasser

---

[1]) v. Zeiller's Commentar zu §. 685.

bürdet die dem Erben zukommende Begünstigung des Schulderlasses einem Legatar auf.

Ad a). Drückte der Erblasser den Schulderlaß unmittelbar gegen den Erben aus, so zeigt sich der Vortheil in dem Falle, als die Verlassenschaft zur Bezahlung vorhandener Schulden, anderer pflichtmäßiger Auslagen und zur vollständigen Befriedigung aller Legatare nicht ausreicht, somit ihm als Erben nichts erübriget, aber wohl die Legatare befriediget werden können, oder nur sich einen verhältnißmäßigen Abzug müssen gefallen lassen. In diesem Falle wird der Alleinerbe als Legatar entweder den ganzen oder doch theilweisen Schulderlaß ansprechen können, was er nicht könnte, wenn ihm der Schulderlaß nicht vermacht worden wäre; denn eine Consolidation kann in diesem Falle nach §. 1445 nicht eintreten, weil in diesem Falle Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten.

Ad b). Bürdet der Erblasser die dem Alleinerben zugedachte Befreyung von seiner Schuld einem Legatare auf, so muß der Alleinerbe warten, bis der mit seiner Befreyung beschwerte Legatar sein Legat annimmt, §. 650. Die bloße Erklärung des Legatars, das Legat annehmen zu wollen, verpflichtet ihn noch nicht, den ihm auferlegten Schulderlaß dem Erben zu gewähren; denn diese Erklärung ist noch nicht die Annahme selbst, die doch das Gesetz, §. 650, um eine solche Verpflichtung zu begründen, ausdrücklich fordert; und es steht dem Legatar noch immer frey, seine Erklärung zurückzunehmen, da er nicht so wie ein Erbe gebunden ist, der, wenn er sich als solcher erklärt hat, und nun die Person des Erblassers vorstellt, § 546, Allen, denen ein Anspruch auf die Verlassenschaftsmassa zusteht, zu haften hat, §. 806. Dieses läßt sich auf einen Legatar nicht anwenden. Sollte der Legatar aber wirklich durch längere Zeit, nachdem er in die Kenntniß des ihm gebührenden Legates gesetzt wurde, zögern, sein Legat anzunehmen, so ist der Erbe berechtiget, das Legat entweder gerichtlich zu depositiren, oder durch erwirkten gerichtlichen Auftrag selbes bey einem

Dritten zu hinterlegen, oder wenn das Object des Legates eine unbewegliche Sache wäre, die gerichtliche Sequestration einzuleiten. In den ersteren zwey Fällen, wenn das Object des Legates für den Betrag seiner zu befreyenden Schuld zureichend ist, kann der Erbe nach Verlauf des Jahres vom Tode des Erblassers an gerechnet, wo jeder Legatar auf Befriedigung seines Legates zu dringen berechtiget ist, gegen einen aufzustellenden Curator seine Klage anbringen, und nach erwirktem rechtskräftigen Urtheil im Verfolge der Execution auf die Feilbiethung des Legats-Objectes dringen, um daraus die Befriedigung der Summe zu erlangen, von deren Bezahlung ihn der Erblasser befreyt hat; dazu ist der Erbe deßhalb berechtiget, weil seine Schuld an den Erblasser, da es zu dem Activum geschlagen wurde, sonst seinen Erbtheil verringern würde. Ist das Object des Legates eine unbewegliche Sache, so kann er zwar auch den nämlichen Weg wählen, allein er kann auch darauf dringen, daß das Object des Legates für die Summe seiner Schuld, die er von einem Dritten entlehnen will, diesem als Hypothek hafte.

Nimmt der Legatar aber das Legat an, so liegt ihm ob, die Schuldbefreyung dadurch zu erwirken, daß er die Schuld des Erben sammt den etwa rückständigen Zinsen an die Verlassenschaftsmasse bezahle. Er ist aber berechtiget, um einen Beweis der geleisteten Zahlung zu haben, zu seiner Sicherheit von dem Erben die Herausgabe des von diesem ausgefertigten, in der Massa vorhandenen Schuldscheines und die Ausfertigung einer Quittung zu verlangen. Er ist aber auch verpflichtet, dem Erben auf sein Verlangen ein Certificat, sey es in Form einer Gegenquittung oder einer Erklärung auszustellen, daß er von ihm den Schuldschein nebst Quittung — beyde mit Angabe des wesentlichen Inhaltes und des Datums — über die von ihm für den Erben bezahlte Schuld erhalten habe. — Dieser Ansicht liegt die gewöhnliche Annahme zum Grunde, daß das Legat eben so viel oder mehr noch am Werthe betrage, als die Summe der ihm auferlegten Schuldbefreyung.

— Es kann aber auch der Fall eintreten, daß der Betrag des Legates, welches der mit der Schuldbefreyung beschwerte Legatar erhält, geringer ist, als jener des Schulderlasses. Hierbey frägt es sich nun, ob ein solcher Legatar doch den ganzen Schulderlaß zu erwirken verpflichtet sey? Ich glaube unterscheiden zu müssen, a) ob der Betrag des Legates deßhalb geringer ist, weil der Legatar an demselben wegen unzureichender Verlassenschaft zur Befriedigung aller Legatare einen Abzug erleiden muß; oder b) ob der Betrag seines Legates schon ursprünglich geringer war, als jener der dem Legatar auferlegten Schuldbefreyung?

Ad a). In dem ersteren Falle scheint es mir nicht dem geringsten Zweifel zu unterliegen, daß der Legatar den Schulderlaß für den Alleinerben auch nur zum Theile, nämlich verhältnißmäßig[1]) zu erwirken verpflichtet sey; denn der §. 692 sagt ausdrücklich: daß, wenn die Verlassenschaft zur Berichtigung aller Legate nicht zureicht, die Legatare einen verhältnißmäßigen Abzug zu leiden haben, welche Aussage sich auch auf das Vermächtniß einer zu befreyenden, aber zur Verlassenschaft des Erblassers gehörigen Schuld bezieht.

Ad b). Im zweyten Falle hingegen muß er den Schulderlaß vollkommen erwirken; denn der Legatar kannte den Werth seines Legates, oder konnte ihn wenigstens kennen, er wußte auch den Betrag der ihm auferlegten Schuldbefreyung; er kann sich also nicht beschweren, wenn er von dem begünstigten Erben angehalten wird, den ganzen Schuldbetrag an die Massa zu entrichten, §. 650. Die ganze oder theilweise Schuldbefreyung kann der damit begünstigte Erbe erst nach einem Jahre vom Tode des Erblassers fordern, §. 685. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn für den begünstigten Erben eine

---

[1]) Das Verhältniß wird nach Quottheilen bestimmt. Leidet der Legatar zur Hälfte, zum Drittheile einen Abzug an seinem Vermächtnisse, so wird er auch den Schulderlaß nur zur Hälfte, oder zu zwey Drittheilen zu erwirken haben.

Gefahr wegen Nichtbefriedigung seines Schulderlasses eintritt, er berechtiget sey, nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 688, der Analogie des §. 692 und nach den Vorschriften der Gerichtsordnung Sicherstellung zu fordern. Nimmt der mit der Schuldbefreyung beschwerte Legatar sein Legat nicht an, so muß, wenn das Legat auf einen Nachberufenen, oder mitverbundenen Legatar fällt, die Schuldbefreyung von diesen für den Erben erwirkt werden. Ist kein solcher da, so erhält der Erbe auch das dem Legatar zugedachte Legat selbst, und die Schuldbefreyung gilt für ihn nun so, als hätte sie ihm der Erblasser selbst zugedacht, §. 650.

§. 20.

β) Zu Gunsten eines Erben, der Miterbe ist.

Hat der Erblasser einem unter mehreren Erben den Schulderlaß zugedacht, so ist er in dieser Beziehung als Legatar zu betrachten, §. 648. Hier sind vier Fälle zu berücksichtigen:

1.) Der Erblasser hat die einem Erben zugedachte Schuldbefreyung Niemandem besonders aufgetragen.

2.) Der Erblasser trägt das einem Erben zugedachte Legat der Schuldbefreyung einem oder einigen Miterben auf.

3.) Der Erblasser trägt das Legat der Schuldbefreyung eines Erben einem Miterben und einem Legatar auf.

4.) Der Erblasser trägt die Schuldbefreyung eines Erben mehreren Legataren auf.

Ad 1.) Im ersten Falle fällt das Legat der Schuldbefreyung nach Aussage des §. 649 allen Erben nach Maß ihres Erbtheiles zur Last; also auch selbst dem mit dem Schulderlasse begünstigten Erben. Dieser Letztere wird berechtiget seyn, nach Ablauf eines Jahres vom Tode des Erblassers von den Miterben die Herausgabe des Schuldscheines, und eine Erlaßquittung nach Maß der sie treffenden Beträge zu fordern. Hinsichtlich des Betrages, welcher ihm selbst nach Maß seines Erbtheiles zur Last fällt, wäre eine Quittirung von ihm an sich wirklich überflüssig, weil insoferne eine Consolidation ein-

getreten ist. Die, die Erben betreffenden Beträge der Schuldbefreyung werden bey der Vertheilung der an sie fallenden Erbtheile von diesen abgezogen. Nehmen wir den Fall an:

Cajus ist mit Hinterlassung eines baren Vermögens von	23,000 fl.
gestorben. Zu dieser gehört aber auch eine Darleihenforderung des Erblassers an den Titius pr.	1000 „
die ganze Verlassenschaft beträgt somit . . .	24,000 fl.

Cajus machte folgendes Testament:

1.) Dem Titius vermache ich die 1000 fl., die er mir schuldig ist.
2.) Lucius soll zum achten
3.) Sempronius zum vierten
4.) Titius zum sechsten

} Theil meines Vermögens Erbe seyn.

5.) Marcellus soll auch mein Erbe seyn.

Die Verlassenschaftsmassa müßte nach dieser Einsetzung ohne Rücksicht auf den Schulderlaß auf folgende Art vertheilt werden:

Lucius bekömmt	3000 fl.
Sempronius	6000 „
Titius	4000 „
Marcellus	11,000 „
	24,000 fl.

Da aber Titius das Legat des Schulderlasses erhält, wozu alle Erben beytragen müssen, so erleiden sie Abzüge nach Maß ihres Erbtheiles. Der Abzug besteht in Folge obiger Einsetzung in folgenden Beträgen:

	Ausgemessener Erbtheil.		Abzug.		Verbleibender Erbtheil.
Lucius . . .	3000 fl.	—	125 fl.	=	2875 fl.
Sempronius .	6000 „	—	250 „	=	5750 „
Titius . . .	4000 „	—	166 „ 40 kr.	=	3833 „ 20 kr.
Marcellus .	11,000 „	—	458 „ 20 „	=	10,541 „ 40 „
	24,000 fl.	—	1000 fl.	=	23,000 fl.

Die Summe dieser einzelnen Abzüge bilden die zu befreyende Schuld des Titius, und zeigen, wie viel jeder der Erben noch wirklichen Erbtheil erhält. Da auch Titius Erbe ist, so zahlt er sich selbst einen Theil der Schuld, und erleidet somit auch an seinem Erbtheile einen Abzug.

Ad 2). Ist die Schuldbefreyung einem Miterben aufgetragen, so wird der Betrag der Schuldbefreyung bloß diesem von seinem Erbtheile; ist sie hingegen mehreren Miterben aufgetragen, so wird der Betrag ihnen nach Verhältniß ihrer Erbtheile abgezogen, wenn die übrigen Miterben nicht allenfalls die bare Einzahlung in die Verlassenschaftsmasse fordern, wozu sie deßhalb berechtiget sind, weil die mit dem Legate der Schuldbefreyung beschwerten Erben erst dann die Einantwortung ihrer Erbtheile begehren können, wenn sie bereits das Legat der Schuldbefreyung erwirkt haben. Auf eine Compensation können sie sich nicht berufen, weil es an Wechselseitigkeit und Fälligkeit der Forderung und Gegenfoderung mangelt. Die übrigen Erben können aber auch, wenn sie wollen, den beschwerten Erben den vom Schuldner ausgestellten Schuldschein nebst einer quittungsähnlichen Urkunde zurückstellen, wenn diese sich Erstern zu ihrer Sicherheit urkundlich verpflichten, daß sie sich bey der Vertheilung der Erbschaft den Abzug der Schuldbefreyung von ihrem Erbtheile gefallen lassen. Daß mit dieser Art der Schuldbefreyung auch der damit begünstigte Erbe einverstanden seyn müsse, ergibt sich von selbst.

Ad 2). Ist das Legat der Schuldbefreyung einem Erben und Legatar aufgetragen, so haben auch diese dieselbe nach Maß ihres aus der Massa ihnen zugedachten Antheiles zu bewerkstelligen. Wäre z. B. im obigen Falle Lucius Legatar mit 3000 fl. und sowohl er als Sempronius, welchem ein Erbtheil mit 6000 fl. zufällt, wären mit der Bewerkstelligung des Schulderlasses für den Miterben Titius beschwert, so hätte Lucius die Schuld des Titius mit einem Drittel, Sempronius mit zwey Drittel zur Massa zu entrichten. Da in diesem Falle der Erbtheil des Sempronius seiner wirklichen Größe nach

erst bey Entwerfung des Theillibelles, folglich auch erst nach zwey, drey Jahren vom Tode des Erblassers an bestimmt werden kann, weil bis dahin die Erbschaftsmassa und somit die Erbtheile durch verschiedene Ausgaben, durch Unfälle vermindert, so wie auch durch glückliche Zufälle vergrößert werden kann, wodurch sich erst das Verhältniß des Erben Sempronius zu dem Betrage des dem Lucius zugedachten Legates, und dadurch die Größe, das Maß ihrer Befreyungsverbindlichkeit ergibt, so wird auch der mit der Schuldbefreyung begünstigte Erbe bis zur Zeit des entworfenen Theillibelles warten müssen, ohne irgend eine Entschädigung wegen dieser unverschuldeten Verzögerung ansprechen zu können.

Ad 4). Ist die Schuldbefreyung eines Erben mehreren Legataren aufgetragen worden, so haben diese dieselbe nach dem Verhältnisse der Größe des Werthes ihrer Legate zu erwirken, welcher Werth nach dem Zeitpunkte des Empfanges bemessen wird.

§. 21.

γ) Zu Gunsten mehrerer Erben oder Legatare.

Sind mehrere Erben oder Legatare Schuldner des Erblassers, so ist die Schuld entweder unter ihnen theilbar, oder sie sind in Bezug auf dieselbe correal verpflichtet. — Ist allen Schuldnern die Schuld erlassen worden, und ist Niemand besonders mit diesem Schulderlasse belastet worden, so kann jeder Schuldner die Zurückstellung des Schuldscheines, oder wenn keiner ausgestellt worden wäre, die Befreyung der Schuld und der rückständigen Zinsen mittelst Ausstellung einer Quittung fordern, wenn er entweder dieß gegen Ausstellung einer Gegenquittung, oder über beygebrachte Uebereinkunft seiner Mitschuldner zu bewerkstelligen sucht, §. 890. Diese Urkunden, da sie die Mitschuldner gemeinschaftlich betreffen, nimmt der älteste Theilnehmer in Verwahrung, die andern erhalten hiervon Abschriften, §. 844. Wurde ein Erbe oder Legatar besonders mit dem Schulderlasse beschwert, so hat ihn der eine oder

der andere durch Einzahlung des Schuldbetrages an die Massa zu bewerkstelligen, und nach zurückerhaltenem Schuldschein und Quittung einem der befreyten Erben oder Legatare, §. 844, ein Certificat über ihre von ihm erwirkte Schuldbefreyung auszustellen.

Ist nur einem oder dem andern der Mitschuldner die Schuld erlassen worden, so kann er die Abschreibung seines Schuldbetrages, wenn die Schuld theilbar ist, auf dem Schuldscheine, und eine Quittung als Befreyungsurkunde fordern. Letztere kann er auch fordern, wenn ihm als Correalschuldner die Schuld erlassen worden wäre; nur wird ihm eine solche Rechtsbegebung des Erblassers hinsichtlich der übrigen nicht befreyten Correalschuldner keinen Vortheil gewähren, §. 896.

§. 22.

B. Vermächtniß des fremden Schulderlasses.

Dieses Vermächtniß kann in doppelter Hinsicht vorkommen.

a) Entweder vermacht der Erblasser dem Schuldner seines Erben oder Legatars die Schuldbefreyung; oder

b) er verordnet zu Gunsten eines Schuldners, der einem Dritten zu bezahlen hätte, und der nicht Erbe oder Legatar des Erblassers ist, das Legat der Schuldbefreyung.

Ad a). Wenn der Erblasser einem Schuldner seines Erben oder Legatars die Befreyung seiner Schuld an diese vermacht, wozu der Erblasser nach §. 662 allerdings berechtiget ist, so besteht die Wirkung eines solchen Legates darin:

1.) Der Anspruch des Schuldners auf den Schulderlaß ist, wenn er den Erblasser überlebt, für ihn und seine Erben begründet, wenn der mit dem Vermächtnisse der Schuldbefreyung beschwerte Erbe sich als Erbe erklärt, der beschwerte Legatar das ihm zugedachte Legat angenommen hat. Hätte weder der Erstere sich als Erbe erklärt, noch der Legatar das Legat angenommen, so kann der als Legatar mit dem Schulderlaß begünstigte Schuldner, wenn auch ein Jahr vom Tode des Erblassers schon abgelaufen wäre, nicht auf den Schulderlaß

bringen. Diese Behauptung scheint zwar dem klaren Wortlaute des §. 685 zuwider zu laufen; allein man muß erwägen, daß der fremde Schulderlaß kein Vermächtniß ist, welches gegen die Massa geltend gemacht werden kann, sondern daß es lediglich eine der Person des Erben oder Legatars auferlegte Last ist, die er erst dann anzuerkennen schuldig ist, wenn Ersterer sich als Erbe erklärt, Letzterer das Legat angenommen hat. Ist dieses der Fall, so zeigt sich als fernere Wirkung

2.) die Geltendmachung dieses Anspruches, welche aber erst nach Verlauf eines Jahres vom Tode des Erblassers eintritt. Eine frühere Befreyung kann ein solcher Legatar nicht ansprechen, indem sich kein zureichender Grund nachweisen läßt, warum dieser eine frühere Begünstigung als andere Legatare zu fordern berechtiget seyn sollte; und auch das Gesetz §. 685 keinen Unterschied hinsichtlich Vermächtnisse dieser und anderer Art macht.

3.) Der mit dem Legat des Schulderlasses begünstigte Schuldner kann den Erlaß der ganzen Schuld ansprechen. Der damit beschwerte Erbe kann also nicht willkührliche Bestimmungen und Beschränkungen zu seinem Vortheile machen, folglich auch nicht Sicherstellung fordern. Der Erbe kann, wenn auch Gefahr obwaltet, daß die Verlassenschaft zur Befriedigung vorhandener Gläubiger, anderer pflichtmäßiger Auslagen und aller Vermächtnisse nicht zureichen sollte, keine Sicherstellung fordern, weil dessen Forderung an seinen Schuldner kein Bestandtheil der Verlassenschaft ist, durch deren Erlassung Gefahr obwalten würde, daß die Verlassenschaft zur Bezahlung vorhandener Schulden ꝛc. verringert würde. Die Forderung ist ein Eigenthum des Erben. Der §. 692 hat aber bloß solche Vermächtnisse im Auge, die aus der Verlassenschaftsmasse selbst zu befriedigen sind, und durch deren Befriedigung die erwähnte Gefahr herbeygeführt würde. Auch der Legatar, dem die Schuldbefreyung als ferneres Legat aufgetragen wurde, kann keine Sicherstellung von seinem Schuldner fordern, wenn gleich er selbst für die Ueber-

lassung seines Legates eine Sicherstellung leisten mußte; denn der Grund, warum er Sicherstellung leisten mußte, nämlich den Erben nicht der Gefahr auszusetzen, für die Bezahlung der Forderungen wegen unzureichend gewordener Massa mit seinem Vermögen haften zu müssen, fällt hier weg.

4.) Hat der Erbe oder Legatar seinem Schuldner in Folge des erblasserischen Willens die Schuld erlassen, so kann er von diesem in keinem Falle mehr weder eine gänzliche noch eine theilweise Rückzahlung der ihm erlassenen Schuld fordern; denn die Rückzahlung, zu welcher der §. 693 verpflichtet, ordnet das Gesetz deßhalb an, weil Vermächtnisse nur dann ihre volle rechtliche Wirkung haben sollen, wenn die auf der Massa haftenden Schulden berichtiget sind, daher auch der Erbe, wenn sich die Unzulänglichkeit der Verlassenschaft erst später zeigt, berechtiget ist, von den Legataren gänzliche oder theilweise Rückzahlung zu fordern, um damit die Schulden des Erblassers, und andere pflichtmäßige Auslagen zu befriedigen. Dieser Paragraph setzt also offenbar Legate voraus, die aus der Verlassenschaft entrichtet werden, und deren Entrichtung eben eine, zur Bezahlung noch pflichtmäßiger Auslagen, unzulängliche Massa effectuirte. Diese Ansicht läßt sich aber auf Vermächtnisse nicht anwenden, die ein Erbe, ein Legatar aus seinem eigenen Vermögen entrichtet hat; denn durch ihre Zurückzahlung wird nicht der Stand der Verlassenschaft erhöht, auch werden nicht Rechte der Erbschaftsgläubiger verletzt, wenn eine Zurückzahlung nicht erfolgt. Der beschwerte Erbe und Legatar konnten ermessen, ob sie die Erbschaft oder das Legat mit der Beschwerde der Abführung eines Vermächtnisses aus ihrem eigenen Vermögen annehmen sollen oder nicht. Haben sie aber einmahl die Erbschaft, das Legat angenommen, so müssen sie es ihrer eigenen Unvorsichtigkeit, oder einem nicht vorausgesehenen Unfalle zuschreiben, wenn für sie aus der Verlassenschaft nichts erübriget.

Nichts desto weniger nehmen Einige an, daß in solchen

eintretenden Fällen ein Legatar immer, ein Erbe aber dann berechtiget sey, auf die Rückzahlung auch der aus eigenem Vermögen entrichteten Vermächtnisse zu dringen, wenn er sich mit dem Vorbehalt der Inventur erklärte. Ihre Gründe sind:

1.) Der Inhalt des §. 802. Dieser sagt: Ein solcher Erbe wird den Gläubigern und Legataren nur insoweit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre eigenen außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen zureicht. Da diese Gesetzesstelle hinsichtlich der Quelle, woraus Vermächtnisse zu prästiren sind, nicht unterscheidet, so wird der Erbe dem Vermächtnisse des Schulderlasses nur in so weit gegen seinen Schuldner genügen dürfen, als die Kräfte der Verlassenschaftsmassa zureichen, also auch berechtiget seyen, von der erlassenen Schuld so viel wieder zurück zu fordern, als dadurch der Stand der Verlassenschaft überschritten wurde.

2.) Die Ansicht, daß man wohl nicht in Abrede stellen kann, daß das Vermächtniß des Schulderlasses, welches der Erblasser dem Erben oder Legatar hinsichtlich ihres Schuldners auferlegte, im Grunde ein Vermächtniß einer fremden Sache (Forderung) sey, und daß dasselbe nur ausnahmsweise nach dem Gesetze, §. 662, über Sachen des eingesetzten Erben oder Legatars deßhalb angeordnet werden dürfe, insofern diese durch die Einsetzung selbst begünstiget erscheinen. Sie können also, wenn diese Begünstigung ganz oder theilweise wegfällt, nicht verhalten werden, ihrem Schuldner die erlassene Schuld belassen zu müssen, sondern werden berechtiget seyn, eine Rückzahlung in dem Maße zu verlangen, als sie an der von dem Erblasser ihnen zugedachten Begünstigung verlieren. — Allein diese Gründe verlieren ihr vermeintliches Gewicht, wenn man erwägt:

Ad 1). Daß der §. 802 ganz in Conformität mit den §§. 692 und 693 gleichfalls nur von Vermächtnissen spricht, die aus der Verlassenschaftsmassa zu befriedigen sind; denn es heißt deutlich: ein solcher Erbe sey nur insoweit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre (der Gläubiger und Legatare) Forderungen zureicht, also für For-

derungen der Legatare aus der Verlassenschaft. Als eine aus der Verlassenschaftsmassa befriedigte Forderung kann aber eine Forderung nicht angesehen werden, welche der Erblasser dem Schuldner des Erben erläßt; denn diese Forderung ist kein Bestandtheil der Verlassenschaft, sondern ein Theil des Vermögens des Erben, worauf sich die Verfügung dieses §. 802 nicht bezieht.

Ad 2). Der Erblasser kann über das Eigenthum seines Erben oder Legatars verfügen, aber nicht nothwendig muß die diesen Personen von ihm zugedachte Begünstigung größer seyn, als die ihnen auferlegte Last, der Betrag eines weiter aus ihrem Vermögen zu entrichtenden Vermächtnisses. Insbesondere hat §. 650 diese Ansicht aufgefaßt, vermöge welchem ein Legatar, wenn er sein Legat angenommen hat, sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen weiteren Vermächtnisses aus dem Grunde nicht entschlagen kann, daß es den Werth des ihm zugedachten Legates übersteige. Der Erbe und der Legatar sollen also vorerst erwägen, ob sie die Erbschaft oder das Legat mit der ihnen aufgebürdeten Last übernehmen wollen oder nicht. Haben sie aber einmahl die Erbschaft, das Legat angenommen, so müssen sie auch ihrem Schuldner die Schuld erlassen, und können also auch von der erlassenen Schuld keine Rückzahlung fordern.

Ad b). Vermacht der Erblasser Jemandem die Befreyung von seiner Schuld, die dieser einem Dritten, welcher nicht Erbe oder Legatar des Erblassers ist, zu bezahlen hat, so dürfte es scheinen, daß, weil der Erblasser über ein Forderungsrecht einer dritten Person disponirt hat, die weder sein Erbe noch Legatar ist, dieses Befreyungslegat nach dem §. 662 wirkungslos sey, und daß daher weder Erben noch Legatare, denen dieses Vermächtniß zur Last fällt, verhalten werden können, die vermachte Schuldbefreyung zu bewerkstelligen. Allein durch ein solches Legat verfügt der Erblasser nicht über das Recht eines dritten Gläubigers, welches nur dann der Fall wäre, wenn er das

Recht dieses Gläubigers durch ein Legat an Jemanden übertragen wollte. Dieses geschieht aber im gegenwärtigen Falle nicht. Der Gläubiger ist zwar nicht verbunden, die Bezahlung seiner Forderung von einem Dritten — Erben oder Legatar — anzunehmen; allein williget der Schuldner, dem die Befreyung von seiner Schuld vermacht wurde, ein, und ist die Forderung fällig, so muß der Gläubiger die Bezahlung annehmen, §. 1423, und ist verpflichtet, dem Zahler die in Händen habende Schuldverschreibung des Schuldners, so wie eine Quittung über die geleistete Zahlung zu übergeben, §§. 1426 und 1428. Dem Schuldner selbst hat er entweder den empfangenen Schuldschein und die Quittung gegen Empfangsbestätigung, und die Erklärung der befreyten Schuld zu übergeben; oder er kann die empfangenen Documente zu seiner Sicherheit in seinen Händen behalten, muß aber dem befreyten Schuldner ein Certificat über die von ihm an seinen Gläubiger bewerkstelligte Schuldbefreyung übergeben. — Hätte der Erblasser den Schuldner nur zum Theile zu befreyen beabsichtiget, so müßte er den Ueberrest, so wie der mit der Befreyung beschwerte Erbe oder Legatar den aufgetragenen Schuldtheil zugleich dem Gläubiger entrichten, weil dieser nicht verpflichtet ist, die Zahlung der Schuld theilweise oder auf Abschlag anzunehmen, §. 1415.

Regel bey der Auslegung des vierten Absatzes des Kundmachungspatentes; so ergibt sich daraus die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht; denn eine genaue Betrachtung dieser Stelle führt uns

2.) auf das folgende, einfache Räsonnement: Entweder besteht für einen bestimmten — eben in Frage stehenden Handels- oder Wechselrechtsfall ein besonderes Handels- und Wechselgesetz neben dem bürgerl. Gesetzbuche, oder es besteht kein solches; — und im ersten Falle ist weiter entweder das neben dem bürgerl. Gesetzbuche bestehende besondere Handels- oder Wechselgesetz mit den Bestimmungen des bürgerl. G. B. übereinstimmend, oder die Bestimmungen differiren und weichen von einander ab. Existirt für einen bestimmten handels- oder wechselrechtlichen Fall neben dem bürgerl. G. B. zwar ein, jedoch gleiche Bestimmungen wie das bürgerl. G. B. enthaltendes besonderes Gesetz, so ist über die Anwendung gewiß kein Zweifel; denn einerseits fällt mit dem Unterschiede auch die praktische Wichtigkeit hinweg, anderseits aber ist der Gegenstand durch die im bürgerl. G. B. aufgenommene Norm ein Gegenstand des bürgerl. G. B. selbst geworden und über die Gegenstände desselben sind frühere Gesetze aufgehoben worden und ein späteres würde eine Erläuterung des G. B. seyn. — Existirt neben dem G. B. ein besonderes und von den Bestimmungen des G. B. abweichendes Gesetz für einen bestimmten handels- oder wechselrechtlichen Fall; so kann nach dem Wortlaute des siebenten Absatzes des Kundmachungspatentes zum G. B. wieder kein Zweifel entstehen; denn, insofern ein besonderes Handels- oder Wechselgesetz von den Bestimmungen des a. b. G. B. abweicht, ist in Handels- und Wechselgeschäften ersteres, nicht aber letzteres zur Norm der Entscheidung zu nehmen. Existirt endlich für einen bestimmten handels- oder wechselrechtlichen Fall neben dem bürgerl. Gesetzbuche gar kein besonderes Handels- oder Wechselgesetz — tritt also die Nothwendigkeit einer Subsidiarquelle wegen Ermanglung der Hauptquelle ein, in welchem Sinne wir hier den Begriff einer Subsidiarquelle auf-

fassen; — dann ist es ja auch gewiß, daß kein besonderes Handels- oder Wechselgesetz besteht, welches von den Bestimmungen des bürgerl. G. B. abweichet. Wenn nun das G. B. verordnet: daß die Handels- und Wechselgeschäfte nur insofern nach den besonderen Handels- und Wechselgesetzen beurtheilt werden sollen, inwiefern diese von jenem abweichen; so folgt daraus, daß, wenn gar keines, also auch kein abweichendes Handels- und Wechselgesetz besteht, das Gesetzbuch zur Anwendung kommt, weil es eben nur unter der Voraussetzung und nur so weit ausgeschlossen ist, als ein abweichendes besonderes Handelsgesetz besteht und diese Voraussetzung hier nicht eintritt. Ganz anders würde sich die Sache darstellen, wenn das Kundmachungspatent mit Hinweglassung des Zwischensatzes „insofern sie von den Vorschriften dieses Gesetzbuches" bloß die unbeschränkte Anordnung „Handels- und Wechselgeschäfte werden nach den besondern Handels- und Wechselgesetzen beurtheilt" aufgenommen hätte. Durch die doctrinelle Interpretation ist man weder berechtigt, noch nothgedrungen, jenen Satz hinweg zu raisonniren oder ihn für eine Tautologie zu erklären.

3.) Mehrere Paragraphe des a. b. G. B., wie weder bezweifelt wird, noch füglich in Zweifel gezogen werden kann, handeln von Handelsgeschäften und enthalten Vorschriften, welche die Handelsleute, als solche, betreffen. Diese Paragraphe des bürgerl. G. B. führen die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht selbst unter den Hauptquellen des Handelsrechtes auf, z. B. die §§. 995, 1179, 1203, 1204, 1207, 1214, 1215 u. s. w. — sie bilden also einen Theil des Handels- und Wechselrechtes. Würde man nun mit den Gegnern annehmen, daß das römische Recht die Subsidiarquelle des Handels- und Wechselrechtes überhaupt sey; so müßte man, um sich consequent zu bleiben, auch zugeben, daß das römische Recht Subsidiarquelle jenes Theiles des Handels- und Wechselrechtes sey, welcher aus einzelnen Paragraphen des bürgerl. G. B. besteht, oder — daß das römische Recht Subsidiarquelle

eines Theiles des bürgerl. G. B. — des bürgerl. G. B. selbst — sey — eine Consequenz, die den Anordnungen des bürgerl. G. B., das unter seinen Subsidiarquellen das römische Recht nicht benennt, geradezu entgegen liefe und auch von den Gegnern schwerlich zugegeben werden dürfte. Zu diesen aus dem Gesetzbuche selbst entnommenen Gründen gesellen sich noch einige andere rein positive Anhaltspunkte für unsere Ansicht, nämlich:

4.) Als im Jahre 1816 die Justiz im Triester und Fiumaner Kreise regulirt wurde, wurden unter den vorläufigen Hauptgrundsätzen dazu auch die Quellen nahmhaft gemacht, nach welchen die neu eintretenden Gerichte in Rovigno und Fiume in Mercantil-, Wechsel- und See- (Marine-) Angelegenheiten entscheiden sollen[1]. Dabey heißt es immer unter Nr. 8:

a) An die Handlungs- und Falliten-Ordnung ddo. 19. Jänner 1758, so weit sie nach Maßgabe nachgefolgter Gesetze, und insbesondere der eingeführten Gerichts- und Concurs-Ordnung, des a. b. G. B. und des Strafgesetzes, in einzelnen Mercantil-Disciplinar-Fällen annoch ihre Anwendung finden mag, und somit auch mit Beyseitsetzung der nachträglichen Verordnungen, welche dem von dem dereinstigen Triester Gubernium veranlaßten Abdrucke aus der k. k. Gubernial-Druckerey de anno 1804 sich beygefügt befinden.

b) An die erneuerte Wechselordnung weiland Ihrer Majestät der Kaiserinn Maria Theresia de publ. 2. April 1765 mit Hintansetzung des den ältern Abdrücken derselben beygefügten Anhanges.

c) An die Mercantil-Gerichts-Ordnung, welche Ihre Majestät die Kaiserinn Maria Theresia für die gesammten Consulat- und Mercantil-Gerichte in dem inner-österreichischen Litorale unter dem 19. Jänner 1758 erlassen hat, wovon je-

---

[1]) Hofdecret vom 4. May 1816 an das inner-österr. Appellations-Gericht, in Goutta's G. S. 36. Bd. S. 298.

doch, so weit auch da die neu eingeführte Gerichts- und Justiz-Verfassung eine Aenderung gemacht hat, nur die erste Abtheilung, welche von der speciellen Gerichtsbarkeit des Mercantil- und Consulats-Gerichtes in 14 Paragraphen handelt, zur Richtschnur zu dienen haben wird.

d) An das Editto politico di Navigazione Mercantile Austriaca dd. 24. April 1774 mit dem Anhange, wie dieses Edict in der k. k. Triester Buchdruckerey im Jahre 1804 neu aufgelegt wurde.

e) In Subsidio an das a. b. Gesetzbuch nach Weisung des dießfälligen Kundmachungspatentes vom 1. Juny 1811 u. s. w.

Hieraus wird ersichtlich, daß das römische Recht unter den Quellen des Handels- und Wechselrechtes gar nicht erscheint; daß aber das bürgerl. G. B. allerdings dann zur Anwendung zu bringen sey, wenn die Hauptquellen deficiren, d. h. daß es Subsidiarquelle sey. In die Justizgesetzsammlung wurde zwar die lit. e) dieses Gesetzes in der Folge (1819) nicht mit aufgenommen; allein dieser Umstand schadet dem hier schon aus dem Gesetzbuche selbst geführten Beweise gewiß nicht, und auf jeden Fall gilt die Verordnung als Instruction für die betreffenden Gerichte, und beurkundet die Ansicht des Gesetzgebers in diesem Puncte. Welchen Grund hätte man aber für die Meinung, daß nur diese Gerichte, nicht aber auch niedere das bürgerl. G. B. als Subsidiarquelle dieser Rechtstheile anerkennen dürfen und sollen?

5.) Wurde durch eine Kundmachung des küstenländischen Guberniums vom 31. December 1819 das Wechselpatent vom 10. October 1797 für den Karlstädter Kreis eingeführt, wodurch, wie es darin heißt, diese Vorschriften, auf die sich der §. 1216 des a. b. G. B. bezieht, zur Gleichstellung des Karlstädter Kreises mit dem übrigen Küstenlande, auch daselbst die gesetzliche Wirksamkeit erhalten. Die Regierung hat also eine Gleichstellung dieser Antheile der österreichischen Monarchie beabsichtiget; es muß daher wohl das, was von dem Einen

gilt, auch von dem Andern gelten. Am Ende dieses Wechselpatentes heißt es aber: „In allen übrigen in dieser Wechselordnung nicht entschiedenen Fällen ist sich nach dem bürgerlichen Gesetzbuche und den anderweitigen kundgemachten Gesetzen" (nicht nach dem römischen Rechte also) „so wie insbesondere in dem gerichtlichen Verfahren in Wechselsachen nach der allgemeinen Gerichtsordnung zu achten." Wenn nun darnach für das Wechselrecht das bürgerl. G. B. entschieden als Subsidiarquelle angenommen ist; für das Handelsrecht aber, vermöge der Verbindung, in der es nach den Worten des Kundmachungspatentes mit demselben steht, nicht füglich etwas Anderes angenommen werden kann; so dürfte unsere Eingangs berührte Ansicht auch darin einen Beleg ihrer Richtigkeit finden, und es liegt uns weiter nur mehr ob, auch die Irrelevanz der Gegengründe augenscheinlich zu machen.

a) Der Beysatz: „insofern sie von den Vorschriften dieses Gesetzbuches abweichen," der im Kundmachungspatente zum Gesetzbuche bey der Bestätigung des besondern Handels- und Wechselrechtes gemacht wurde, soll nichts Neues verordnen, sondern bloß und mit besonderem Nachdrucke einschärfen, daß Handels- und Wechselvorschriften gerade da, wo sie etwas Abweichendes enthalten, auch gegenwärtig nach eben dem Gesetzbuche zu beobachten sind. Daraus folgt aber gewiß nicht, daß dann, wenn in den Handels- und Wechselvorschriften nichts (also auch nichts Abweichendes) besteht, das römische Recht zur Norm genommen werden müsse, und doch ist dieses eigentlich der Fall, wo man einer Subsidiarquelle bedarf.

b) Unter den (besonderen) Handels- und Wechselgesetzen sind auch die römischen von jeher als Subsidiarrecht des Handels- und Wechselrechtes geltenden Gesetze in den Fällen zu verstehen, wo die Handels- oder Wechselgesetze sich ausdrücklich auf dieselben berufen; und dadurch das römische Recht in sich aufgenommen haben; denn durch eine solche Berufung ist das römische Recht ein Bestandtheil des Handels- und Wechselrechtes geworden, und da die Anwendung des Letzteren in

Handels- und Wechselgeschäften ausdrücklich angeordnet ist, so muß es dort, wo überhaupt die Wirksamkeit desselben Platz greift, in seinem ganzen Umfange angenommen werden. Aus dieser Beweisführung folgte — die Richtigkeit derselben zugegeben — nur so viel, daß man das römische Recht nur dann und nur insofern bey der Entscheidung der Handels- und Wechselgeschäfte beobachten dürfe, als und inwiefern sich darauf ein besonderes Handels- und Wechselgesetz ausdrücklich beruft, und die Anordnung des römischen Rechtes zugleich als ein Handels- oder Wechselgesetz aufnimmt; für alle gar nicht — auch nicht durch eine solche Berufung entschiedenen Fälle, für Fälle also, wo man einer Subsidiarquelle im eigentlichen Sinne bedürfte, wäre sonach durch diese Beweisführung das römische Recht nicht Entscheidungsnorm. Aber selbst in diesem beschränkten Sinne können wir das römische Recht als Subsidiarquelle des Handels- und Wechselrechtes so lange nicht zugeben, bis uns die conditio sine qua non, — jene von den Gegnern behauptete Berufung der Handels- und Wechselgesetze auf das römische Recht, wodurch letzteres eben ein integrirender Bestandtheil der ersteren geworden seyn soll, — nahmhaft gemacht und nachgewiesen worden ist. Im Lehenrechte ist man mit dem zum gleichen Zwecke führenden Beweise nicht in Verlegenheit; denn die Lehentexte z. B. II. f. 37 berufen sich ausdrücklich auf die leges — id est, wie die Feudisten ebenfalls bündig nachzuweisen im Stande sind, leges romanas — und weisen (im citirten Texte) wegen Berechnung der Verwandtschaftsgrade zum Behufe der Succession darauf an, und so sind denn diese leges eben so Feudalrecht geworden, als wenn man sie wirklich (in extenso) mit in den Text aufgenommen hätte. Wo ist aber dieses im Handels- oder Wechselrechte gleichmäßig der Fall? — Die Gegner stützen sich zum Beweise ihrer Behauptung gewöhnlich auf den siebenten Artikel der W. O.; auf das darin erwähnte Rechtsmittel der restitutio in integrum ab minorennitatem und auf das ebenfalls angezogene beneficium S. C. Vellejanum. Wir wollen

sehen, wie viel diese Berufung zur beabsichtigten Beweisführung vermag.

1.) Minderjährige standen schon früher, so wie auch jetzt nach dem §. 20 des a. b. G. B. unter einem besonderen Schutze des Staates und dieser Schutz offenbarte sich namentlich auch dadurch, daß man selbst im materiellen Rechte eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus dem Grunde der Minderjährigkeit gestattete, um dadurch diese Personen vor allfälligem Schaden zu sichern. Geläuterte Ansichten über Recht und Rechtsmittel haben zwar in der neuern Zeit alle Restitutionen aus dem materiellen Rechte verbannt und sie nur noch im Prozesse, wo ganz andere Gründe dafür sprechen, beybehalten. Jedoch geschah die Ausschließung erst durch den §. 1450 des b. G. B., also erst nach dem Erscheinen der W. O. vom Jahre 1763. Zu der Zeit galt noch das gemeine Recht in Oesterreich, und mit demselben auch die darin begründeten Rechtsmittel, namentlich auch das der restitutio ob minorennitatem, was auch der alleinige Grund ist, weßwegen der siebente Artikel der W. O. sich auf die restitutio bezieht. Doch ist diese Beziehung nicht so beschaffen, daß sie auch heut zu Tage, wo — nach dem Wortlaute des §. 1450 — die bürgerlichen Gesetze die unmittelbare Bestreitung der widerrechtlichen Handlungen und Geschäfte gestatten, und eben deßwegen die früheren Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand im materiellen Rechte beseitiget haben, — im Handels- und Wechselrechte allein diese restitutio erhalten und deßwegen das römische Recht zur Supplirung des mangelhaften Wechselrechtes in dieser Beziehung bestimmen könnte. Denn betrachten wir die Anordnung des ersten Absatzes des siebenten Artikels der W. O. vom Jahre 1763 [1]) nur etwas genauer; so finden wir

[1]) Nachdem die sowohl gemeine Rechten als landesfürstl. Ordnungen und Statuta mit sich bringen, daß den Minderjährigen ohne ihrer Aeltern, Vormünder und Curatoren Consens kein Geld bey Verlust desselben gelehnt werden solle; als haben auch jedwe

darin die Regel aufgestellt: daß Minderjährige, wenn sie auch veniam aetatis erhalten haben sollten, doch die Wechselfähigkeit nicht besitzen und folglich weder förmliche noch unförmliche Wechsel auszustellen befugt seyen. Sollten sie dessen ungeachtet solche ausstellen; so sind derley Wechsel — wegen Mangels der Wechselfähigkeit des Ausstellers — natürlich ungültig, folglich keine Wechselgeschäfte, und können keine wechselrechtlichen Verbindlichkeiten begründen. Zur Beseitigung der daraus etwa doch resultirenden schädlichen Folgen wird es daher wohl keiner restitutio bedürfen, die ein an sich gültiges Rechtsgeschäft voraussetzt. Zudem gesellt sich hier noch die Betrachtung: daß ein Minderjähriger, der — wie hier noch vorausgesetzt wird — kein Handlungsbefugniß besitzt, auch kein Handelsmann ist. Wenn aber Jemand, der kein Handelsmann ist, einen Act unternimmt, der keine wechselrechtlichen, sondern höchstens gemeinrechtliche Wirkungen erzeugt; so kann derselbe weder nach dem Handels-, noch nach dem Wechselrechte, sondern nur nach dem gemeinen Rechte — bey uns also jetzt nach dem bürgerl. Gesetzbuche, beurtheilt werden, und da dieses keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im materiellen Rechte kennt, so darf auch wegen der Minderjährigkeit eine solche nicht eintreten. Von der aufgestellten Regel macht je-

---

dere Obrigkeit und Instantien dahin zu sehen, daß den Minderjährigen nicht leicht eine Handlung oder Wechsel verstattet werde. Wann aber gleichwohl sich ein minderjähriger Negotiant, welcher das 24ste Jahr seines Alters noch nicht erfüllet, seine eigene öffentliche Handlung oder Wechsel mit Consens der Obrigkeit treiben, in eine Societät treten, mittelst Annehmung einer Commission, Anstoßung eines Contractes, Ausstell- und Acceptirung eines Wechselbriefes, oder in andere Wege sich zu etwas verbinden und mithin in der That pro Majorenni sich ausgeben würde; so solle er dasselbe zu halten allerdings schuldig und mit der Restitutione in Integrum nicht zu hören seyn. Außerdem ist Niemand vor vollstreckten 24 Jahren, im Fall er auch Veniam Aetatis erlanget hätte, förmlich oder unförmliche Wechselbriefe auszustellen befugt.

doch der Artikel 7 der W. O. selbst eine Ausnahme. Sollte nämlich — was jedoch nicht leicht geschehen soll — ein Minderjähriger mit obrigkeitlicher Bewilligung ein Handlungsbefugniß ausüben; so konnte er sich — wenn auch sonst die Bedingungen des damahls (1763) geltenden gemeinen Rechtes zur restitutio vorhanden gewesen wären, darauf nicht berufen; es war also auch keine Gelegenheit vorhanden, die römischen Gesetze über die restitutio in Anwendung zu bringen, oder zur Supplirung eines Mangels in das Wechselgesetz herüber zu nehmen, und als integrirende Bestandtheile des Wechselrechtes anzusehen. Obwohl also damahls (1763) nach dem gemeinen Rechte noch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus dem Grunde der Minderjährigkeit Platz greifen konnte; so sollte sie doch nicht rücksichtlich der erlaubter Weise und gültig unternommenen Wechselgeschäfte eines Minderjährigen, wegen der Unsicherheit im Verkehre bewilliget werden. Würde schon damahls — wie jetzt — auch im gemeinen oder dem allgemeinen bürgerlichen Rechte eine solche restitutio nicht gegolten haben; so wäre auch in dem besonderen Zweige des Wechselrechtes keine Veranlassung gewesen, davon eine Erwähnung zu machen. Allein da das Wechselrecht eine Ausnahme von dem, was gemeinhin galt, statuiren wollte, mußte diese Ausschließung der Wiedereinsetzung ausdrücklich im Gesetze aufgenommen werden. Dadurch ist das Wesen der besprochenen römischen restitutio wegen Minderjährigkeit für's Wechselrecht unpraktisch geworden, und die römischen Rechtsquellen dienen höchstens zur historischen Aufklärung — zur Auslegung und zum Verstehen des siebenten Artikels der W. O., sind aber keine Entscheidungsnormen. Wenn nun schon früher, wo im gemeinen Rechte diese restitutio auch in Oesterreich galt, davon im Wechselrechte kein Gebrauch gemacht werden konnte; so ist nicht einzusehen, wie dieses jetzt, wo schon die allgemeinen bürgerl. Gesetze jede restitutio aus dem materiellen Rechte verbannen, davon im Wechselrechte eine Anwendung Statt finden solle, — und kann sie nicht in Anwendung ge-

bracht werden, so bedarf man dafür auch keiner Norm, und es ist kein Mangel, keine Lücke im Wechselgesetze gelassen, die mit dem abgeschafften römischen Rechte und seinen veralteten Institutionen ausgefüllt werden müßte. Aus dieser Berufung des Wechselgesetzes auf das römische Recht läßt sich sonach meines Erachtens das thema probandum: daß letzterer ein integrirender Bestandtheil und die Subsidiarquelle des ersteren geworden sey, nicht erweisen.

2.) Aber auch eine andere Berufung des Wechselrechtes auf das römische Recht, die man zu demselben Zwecke namhaft macht, hat nicht mehr, als die eben besprochene, für sich; ich meine die aus dem zweyten Absatze des siebenten Artikels der W. O. entlehnte Beziehung auf das S. C. Vellejanum [1]); — denn auch die dort gemachte Erwähnung rücksichtlich des auf das genannte römische S. C. basirten beneficium ist nicht so geartet, daß dadurch das römische Recht mit seinen darüber bestehenden Normen für uns nothwendig, oder ein Theil unseres Wechselrechtes — eine Subsidiarquelle desselben geworden wäre. Der Artikel 7 der W. O. verordnet in der bezogenen Stelle bloß: daß Handelsfrauen für ihre Intercessionen, Bürgschaften oder Gutstehungen haften müssen, wenn

[1]) Mit denen Weibspersonen, so Kaufmannschaft oder Wechsel üben solle es folgendermaßen gehalten werden, daß eine ledige oder auch verehelichte Weibsperson, so ihre eigene Handlung hat, oder an einer Handlung einen Antheil nimmt, und zwar so viel die Eheweiber anlanget, vor sich ohne ihren Ehemann absonderlich handelt und in ihrem eigenen Namen einen Wechselbrief ausgibt, ob es gleich ohne Einwilligung des Ehemannes und vorhergegangener Erinnerung ihrer weiblichen Freyheit geschehen, dennoch wider sie nach Inhalt dieses Wechselrechtes verfahren werden solle. Wie dann eine solche Negotiantinn, wenn sie sich in Handelssachen für einen Andern verbürgt, und als eine Schuldnerinn für denselben constituirt, darwider das Senatus Consultum Vellejanum, ob sie gleich dessen zuvor nicht erinnert, auch demselben von ihr nicht renunciret worden, nicht vorschützen kann, sondern die Bezahlung vermöge gegebenen Wechselbriefes leisten muß u. s. w.

sie gleich nicht certiorirt worden wären, und auf das ihnen aus dem S. C. Vellejanum sonst gebührende beneficium nicht Verzicht geleistet hätten. Die Bestimmung wurde in dem siebenten Artikel der W. O. aufgenommen, weil zur Zeit der Erscheinung derselben den Weibern nach dem damahls noch gültigen gemeinen Rechte dieses beneficium zustand, im Wechselrechte aber die Gesetzgebung aus eben nicht schwer zu errathenden Gründen davon eine Ausnahme statuiren und das besagte beneficium ausschließen wollte. Würde es damahls schon im gemeinen Rechte nicht mehr bestanden haben — nicht mehr Regel gewesen seyn; so hätte auch die W. O. nicht nöthig gehabt, diese Bestimmung — die Ausnahme von der Regel aufzunehmen. Nun gilt dieses beneficium nach den allgemeinen bürgerl. Gesetzen — als gemeines Recht — nicht mehr[1]); daher wohl auch in dem Falle nicht, wo es ausnahmsweise schon früher nicht galt. Wenn es aber nicht in Anwendung gebracht werden darf; so bedarf man darüber wohl auch keiner gesetzlichen Verfügungen. Man kann das römische Recht allenfalls darüber zu einer historischen Aufklärung der Sache consultiren, nicht aber als eine Entscheidungs- oder Subsidiar-Quelle anwenden. Für uns ist sonach dieses beneficium und mit ihm die dasselbe näher bestimmenden Gesetze eine unpraktische Antiquität geworden. Dazu kommt noch, daß die Bürgschaften, wenn sie auch für wechselrechtliche Verpflichtungen eingegangen sind, nicht wechselrechtlich, sondern nur — wenigstens bey uns — gemeinrechtlich behandelt, also als gemeine, nicht aber als Wechselgeschäfte angesehen werden können[2]). Wechselgesetze und ihre zulässigen Subsidiarquellen haben daher auf die dabey vorkommenden Bürgschaften keinen Einfluß. Und so zeigt

---

[1]) Vergl. den §. 1349 des a. b. G. B. und v. Zeiller's Commentar, 4. Bd., S. 10 u. ff. darüber.

[2]) Hofdecret vom 1. September 1821, Nr. 1794 d. J. G., S. 4., und Wagner's kritisches Handbuch des Wechselrechtes 1. Bd., S. 256, und 2. Bd., S. 416 u. ff.

sich denn auch bey dieser Berufung, daß sie zur Beweisführung: das römische Recht sey Subsidiarquelle des Wechselrechtes, nicht ausreiche. Was vom Wechselrechte gilt; müssen wir auch bey dem mit demselben stets in Verbindung gesetzten Handelsrechte annehmen, und so hätten wir — so lange nicht andere Gründe vorgebracht werden, unsere Gegenansicht gerechtfertiget, oder doch die Gegner zur schlagenderen Begründung ihrer Meinung aufgefordert; weiter geht auch der Zweck dieser Zeilen nicht.

XXVII.

Ist die Gattinn eines Militäristen berechtiget, ihrem privilegirten Gerichtstande zu entsagen, und sich einer Civilbehörde zu unterwerfen?

Vom

Herrn Dr. Joseph Weißel.

Ueber diese Frage, welche, so viel mir bekannt wurde, bisher von den Schriftstellern über die Jurisdictionsnorm nicht berührt wurde, herrschen in der Prax entgegengesetzte Ansichten. Die Hoffnung einer gewandteren Feder zur kräftigeren Beleuchtung dieses Gegenstandes, Anregung zu biethen, veranlaßt mich, die affirmative Ansicht, zu der ich mich bekenne, hier zu entwickeln, und mit folgenden Gründen zu unterstützen.

1.) In unseren Gesetzen ist der durch die Rechtsphilosophie sanctionirte, und in dem Befugnisse, auf sein Recht zu verzichten, basirte Grundsatz: daß Jedermann berechtiget sey, seinem Gerichtsstande zu entsagen, und sich einem andern zu unterwerfen, als allgemeine Regel aufgestellt [1]).

Von dieser allgemeinen Regel bildet das Hofdecret vom 22. April 1809 eine Ausnahme, indem es den Militärpersonen die freywillige Prorogation auf einen Civilgerichtsstand

---

[1]) J. N. vom 27. September 1783, — §. 40 der G. O., — Hofdecret vom 27. July 1792, dann vom 15. Jänner 1787, 621 c. und vom 22. May 1804.

untersagt [1]); — welche Vorschrift nach dem Grundsatze: „casus lege exceptus etc." wie jede Ausnahme, alle Ausdehnung ausschließend, strenge interpretirt werden muß. Das Hofdecret vom 22. April 1809 spricht lediglich, und mit Bestimmtheit nur von „Militärpersonen" und „Militärindividuen," — und es müssen daher diese Ausdrücke in ihrer engsten Bedeutung verstanden werden, in welchen sie dann keine Ausdehnung auf die Gattinnen der Militäristen gestatten, — um so weniger, als sich sonst das Gesetz wohl des allgemeineren Ausdruckes: „Personen, welche der Militärgerichtsbarkeit unterstehen" — bedient haben würde.

Dagegen wird gewöhnlich in der Prax eingewendet, daß in Ansehung des Gerichtstandes der Ehegattinn alle Grundsätze, welche für den Gatten gelten, anzuwenden kommen (§. 11 der J. N. — Patent vom 17. Februar 1792, §. 92 d. b. G. B.), und daß somit auch die Gattinn des Militäristen nicht berechtiget sey, sich des Militärgerichtstandes zu entschlagen. Allein in den bezogenen Gesetzen wird der Gattinn nur das Recht ertheilt, an dem Gerichtstande des Mannes zu participiren; von dem Umstande aber, daß die Gattinn ein Recht auf das forum ihres Mannes habe, kann kein Schluß dahin gezogen werden, daß auch sie das für den Gatten erlassene und wie sich zeigen wird, in singulären Rücksichten gegründete Verboth, diesem Gerichtstande zu entsagen, theilen, und ein ihr gebührendes Recht, zugleich dergestalt als obligatorisch anerkennen müsse, daß sie darauf zu verzichten nicht berechtiget sey.

---

[1]) „Da sich Fälle ereignen, wo Militärpersonen sich freywillig ihres Militärgerichtstandes begeben, und sich mit Uebergehung ihres privilegirten Gerichtstandes den Civilbehörden unterwerfen, so wird hiermit bedeutet: daß vermöge hofkriegsräthlicher Circular-Verordnung vom 14. September 1807 kein Militär-Individuum berechtiget sey, sich des Militärgerichtstandes zu entschlagen, widrigens nicht nur die Verhandlung selbst einer Nullität unterliegen, sondern auch dasselbe sich ahndungswürdig machen würde." Hofdecret vom 22. April 1809, Nr. 890.

2.) Die vertheidigte Ansicht wird auch durch die Begründung der den Militäristen die Prorogation untersagenden Gesetze bestätiget. Dieselbe beruht nämlich einerseits in einer gewissen dem Militärstande schuldigen Rücksicht, in deren Würdigung es der hohe Gesetzgeber für angemessen fand, die Glieder dieses Standes unter besondere Gerichte, gleichsam unter pares curiae zu stellen, anderseits aber, und ganz vorzüglich auf dem Umstande, weil gegen Militärpersonen mit mehreren wesentlichen, bey den Civilgerichtstellen nicht zulässigen Abweichungen, verfahren wird, welche mehr als eine bloße Formalität betreffend, zu wichtig sind, als daß sie so leicht unbeachtet gelassen werden könnten [1]).

Diese Rücksichten, die lediglich in den Singularitäten des Militär-Charakters basirt sind, treten bey den Gemahlinnen der Militäristen nicht ein, und es gibt sonach auch die Absicht des Gesetzgebers kein Motiv, die stricte Textirung des Hofdecretes vom 22. April 1809 auf die Militärfrauen auszudehnen. Dazu gesellt sich:

3.) Der Umstand, daß die sämmtlichen Gesetze, welche den Militäristen die freywillige Prorogation untersagen, indem sie nur in den gedachten Rücksichten ihren Grund haben, als reine Disciplinar-Anordnungen erscheinen, welche bey dem Umstande, als die Gattinn eines Militäristen nicht auch der Militär-Disciplin unterworfen ist, auf sie keine Anwendung leiden können. Diese Behauptung erhält ihre Rechtfertigung mit Folgendem: — Das hofkriegsräthliche Circulare vom 14. September 1807, Z. 3632, auf welches sich das Hofdecret vom 22. April 1809 beruft, wurde durch Verordnung des Militärappellationsgerichtes an sämmtliche Militärbehörden zur künftigen Richtschnur dahin erlassen, daß kein Militär-Individuum berechtiget seyn soll, sich des privilegirten Gerichtstandes zu entschlagen. Diese Verordnung wurde durch

[1]) Adaptirungspatent vom 20. April 1782 und eine nicht geringe Anzahl von hofkriegsräthlichen Verordnungen.

das Hofdecret vom 22. April 1809 neuerdings eingeschärft, aus dem Grunde: „weil sich Fälle ergaben, wo Militärpersonen (also nicht überhaupt der Militär-Jurisdiction unterworfene Parteyen) sich freywillig der Militär-Gerichtsbarkeit ergaben," — und es wurde diese Vorschrift insbesondere durch den Beysatz: „daß ein dieses Gesetz übertretendes Militär-Individuum sich ahndungswürdig machen würde," — sanctionirt, — eine Sanction, welche den Umstand, daß diese Vorschrift eine Disciplinar-Anordnung enthalte, welche auf die Militär-Gattinn keinen Einfluß zu nehmen hat, über allen Zweifel erheben dürfte. Die vertheidigte Ansicht gewinnt endlich eine bedeutende Unterstützung, wenn man das hofkriegsräthliche Circulare vom 1. Juny 1831, F. 1004 (M. G. 1831, Nr. 54 [1]) einer näheren Betrachtung unterzieht. — In diesem Gesetze ist nämlich ausdrücklich nur von Offizieren die Rede, welche ungeachtet des bestehenden Verbothes, sich dennoch ihres

[1]) „Obwohl gesammte Militärbehörden mittelst Verordnung des bestandenen Appellationsgerichtes der Armee vom 14. September 1807, Z. 3632, zur künftigen Richtschnur verständiget wurden, daß kein Militär-Individuum berechtiget sey, sich des privilegirten Gerichtsstandes zu entschlagen, widrigens nicht nur die Verhandlung selbst einer Nullität unterliegen, sondern auch dasselbe sich ahndungswürdig machen würde; so sind doch Sr. Majestät wiederholte Fälle in Ungarn zur a. h. Kenntniß gelangt, daß Offiziere, sowohl im activen Dienste als im Pensionsstande, ungeachtet dieses bestehenden Verbothes sich dennoch ihres privilegirten Gerichtsstandes freywillig begaben, und der Civilgerichtsbarkeit sogar durch Verträge unterworfen, und sodann bey entstandenen Prozessen die incompetentiam fori eingewendet haben. Da sich aus diesem gesetzwidrigen Benehmen nicht nur Jurisdictions-Streitigkeiten, sondern auch Beeinträchtigungen der Civilparteyen und eine Bemackelung des Offiziers-Charakters ergeben, so haben Se. Majestät zu befehlen geruht, daß vom Zeitpunkte der Kundmachung dieser a. h. Willensmeinung Sr. Majestät die Uebertretung dieser Vorschriften mit der Cassation zu bestrafen sey." Hofkriegsr. Circular vom 1. Juny 1831, F. 1004 (M. G. 1831, Nr. 54).

privilegirten Gerichtstandes begeben, und auf solche Weise sich „einer Beeinträchtigung der Civilparteyen und Bemackelung des Offiziers-Charakters" schuldig machen, — welche Uebertretung Se. Majestät mit der Strafe der Cassation zu ahnden verfügte, — eine Strafe, die die Militär-Gattinn gewiß nicht treffen kann. Aus dieser Verordnung aber ergibt sich auch, daß der hohe Gesetzgeber nur die Militärpersonen im strengsten Sinne, keineswegs aber auch ihre Gattinnen von dem allgemeinen Rechte, auf ein Privilegium (das Privilegium des Gerichtstandes) zu verzichten, ausschließen wollte, — zumahl, als der Gesetzgeber durch die angedrohte Strafe dem Unfuge begegnen wollte, daß Militäristen zum Nachtheile der Civilparteyen in Verträgen ihrem Gerichtstande entsagen, dann aber die incompetentiam fori einwenden, — ein Mißbrauch, den die Gesetze, welche so sehr die Gültigkeit und Aufrechthaltung der Verträge in Schutz nehmen (§. 914 und §. 35 des b. G. B.), auch in Ansehung der Gattinn nicht begünstigen wollen, und der doch bestände, wenn sie, die sich durch die Prorogation keiner Ahndung ausgesetzt sieht, zu prorogiren nicht berechtiget, und sohin gegen ihre eigene Handlung mit einer Einwendung der Ungültigkeit geschützt wäre.

XXVIII.

Criminalrechtsfall und Abhandlung über strafbare Tödtungen.

Vom

Herrn Andreas Visini,
Criminal-Actuar beym Wiener Magistrate.

Die k. k. Polizey-Bezirks-Direction L. zeigte am 29. December 1828 dem Criminalgerichte W. den Fall zur Amtshandlung an, daß die Schmiedmeisters-Gattinn Maria F. am Abende des vorigen Tages gegen halb 8 Uhr von ihrem Ehemanne Jacob F., mittelst einer großen eisernen Schraubenschneidkluppe durch Schläge auf den Kopf so gefährlich verwundet worden wäre, daß dieselbe vier Stunden darauf verschieden, ihr Mann aber nach dieser That flüchtig geworden sey.

Aus dem über diese Anzeige sogleich am Orte der That vorgenommenen gerichtlichen Augenscheine ergab sich insbesondere, daß zwischen den in der Wohnung dieser Eheleute befindlichen zwey Betten derselben auf dem Zimmerboden ein 2 Schuh langer und 1 Schuh breiter, völlig schwarz aussehender und noch nicht ganz trockener Blutfleck wahrgenommen wurde, und eben so am Bette der Getödteten, deren Leichnam man zur gerichtlichen Beschau in das allgemeine Krankenhaus fortschaffen ließ, bedeutende Blutflecke sichtbar waren. Nach der Wohnung und den Einrichtungsstücken dieser Eheleute zu urtheilen, mußten dieselben in ihren Vermögensverhältnissen sehr herabge-

kommen seyn, da aus Allem die größte Armuth ersichtlich war. Ihre Wohnung wurde unter ämtliches Siegel gelegt, die daselbst vorgefundene Schraubenschneidkluppe aber, welche 30 Pfund schwer war, in gerichtliche Verwahrung genommen, und von dieser Verfügung die Civilbehörde zur Versicherung der Rechte der vorhandenen minderjährigen Kinder in Kenntniß gesetzt.

Das Visum repertum über die erschlagene F. war folgenden Inhalts:

A. Bey der äußeren Besichtigung wurde wahrgenommen:

1.) Der Körper 5 Schuh lang, von regelmäßigem Wuchse, mager, jedoch nicht krankhaft abgezehrt, die Haut am Unterleibe mit grünen, am Rücken mit blaßrothen Todtenflecken besetzt, dem Ansehen nach bey 40 Jahre alt;

2.) Die Kopfhaare lang, dunkelbraun, größtentheils blutig, an der linken Scheitelgegend in einem Umfange von mehreren Zollen mittelst eines Rasirmessers abgeschoren, und daselbst 2 Zoll vom Ohre entfernt, zwey von oben nach abwärts laufende Hautwunden, nämlich:

α) eine 2 Zoll lange, am obern Ende in zwey Winkel auslaufende, somit hier einen kleinen Lappen bildende, und von ihr 1 Linie entfernt;

β) eine anderthalb Zoll lange, mit der erstern parallel laufende, deren sämmtliche Ränder frey gezackt, weder geschwollen noch entzündet waren, und in deren Grunde der Knochen von der Beinhaut entblößt erschien; an dem der übrigen Haare sodann beraubten Kopfe keine andere Beschädigung;

3.) auf der rechten Wange ein Streifen von vertrocknetem Blute; am rechten Stirnhügel eine angeschwollene, mit Blut unterlaufene Hautstelle, von dem Umfange eines Zweykreuzer-Stückes

W. W., nahe an den rechten Augenbraunen eine 3 Linien lange und eine Linie breite, über dem rechten Jochbeine eine Zoll lange und 3 Linien breite, und gegen den Unterkiefer zu noch zwey braune unbedeutende Hautabschürfungen; das rechte obere Augenlied gegen seine äußeren Winkel, und linkerseits das obere und untere Augenlied blauroth und geschwollen; die linke Ohrmuschel sammt dem äußeren Ohrgehänge mit Blut gefüllt; die rechte Ohrmuschel aber leer;

4.) das Gesicht blaß, die durchsichtige Hornhaut der Augen bereits trübe, die Nasenlöcher mit vertrocknetem Blute besetzt, die Lippen blaßblau, in der Mundhöhle und zwischen den Zähnen ein brauner Schleim angesammelt, im Oberkiefer die zwey vorderen Schneidezähne abwesend, der Hals lang, dünn, und wegen der Erschlaffung der Muskeln sehr gelenkig;

5.) der Brustkorb flach, von proportionirter Breite und Länge; die Brüste von mittlerer Größe und schlaff, der Bauch mäßig aufgetrieben und unter den Händen nachgiebig, die Haut an demselben mit Narben ähnlichen Streifen von ehemahligen Schwangerschaften bezeichnet;

6.) die oberen und unteren Gliedmaßen ebenfalls gelenkig, das linke Ellbogengelenk verbunden, in dessen Bug ein mit Blutwasser getränktes Charpie-Bäuschchen, und unter demselben eine frische nicht blutende Aderöffnung, am untern Ende des linken Vorderarmes die Haut, an dessen hinterer Fläche 4 Zoll in die Länge blauroth und unter ihr geronnenes Blut angesammelt; in den übrigen Gegenden des Körpers keine anderen Spuren von einer erlittenen Gewaltthätigkeit.

B. Bey der inneren Untersuchung fanden die Kunstverständigen:

7.) Die Kopfhaut dick, an ihrer innern Fläche rings um die von außen wahrgenommenen zwey Wunden sammt der Beinhaut 3 Zoll in die

Länge und 2 Zoll in die Breite, auch den untern Theil des linken Schlafmuskels mit Blut unterlaufen; das linke Seitenwandbein an der den Wunden entsprechenden Stelle im Umfange eines Zweykreuzer-Stückes W. W. von der Beinhaut entblößt; an eben diesem Seitenwandbeine einen von dessen Mitte anfangenden, durch den schuppichten Theil des dießseitigen Schlafbeines laufenden Knochensprung, an seinem vorderen Ende einen Zoll langen feinen Nebensprung, und in diesem zwey Büschchen Kopfhaare fest eingeklemmt;

8.) das Schädelgewölbe in der Stirngegend anderthalb Linien dick, und allenthalben dicker als gewöhnlich, compact und schwer; den von außen bemerkten Knochensprung auch an der Glastafel sichtbar, und von der letztern, gleich neben dem erwähnten Knochensprunge, ein 1 Zoll langes und ½ Zoll breites Knochenstück losgesplittert, jedoch noch fest verbunden, die eingeklemmten Haare an der innern Fläche des Schädelgewölbes nicht sichtbar;

9.) die harte Hirnhaut über beyde Halbkugeln des großen Gehirnes blau durchscheinend; im Behälter des sichelförmigen Fortsatzes nur einige Tropfen Blut angesammelt; beyde Halbkugeln des großen Gehirnes über der Spinnwebenhaut und selbst auch die den sichelförmigen Blutbehältern zugekehrten Flächen mit extravasirtem geronnenem Blute dünn überzogen, das mittelst des Messerrückens abgeschabt, bey zwey Quentchen betragen mochte; die weiche Hirnhaut sehr zart, leicht zerreißbar, mit der Hirnoberfläche fest verbunden, ihre Gefäße statt mit Blut, mit Luft gefüllt;

10.) die Hirnsubstanz derb, in den sämmtlichen Hirnkammern kein Serum, die Adergeflechte blaß, die Zirbeldrüse erbsengroß und nicht sandig; auch die untere Fläche

des großen und kleinen Gehirnes mit extravasirtem Blute dünn überzogen; den rechten mittleren Lappen aber eines Messerrückens dick mit geronnenem Blute besetzt; in der, der Länge nach durchschnittenen Substanz der Varol's Brücke mehrere blutige Streifen; sowohl in der rechten als linken mittleren Grube des Schädelgrundes etwas geronnenes Blut angesammelt;

11.) den von Außen wahrgenommenen Knochensprung in der linken mittleren Grube des Schädelgrundes bis zur Spitze des felsigen Fortsatzes vom Schlafbeine gedrungen, und in der vordern Grube überdieß noch einen vom Ende des kleinen Flügels des Keilbeines nach vorwärts laufenden, 1 Zoll langen, haarförmigen Knochensprung;

12.) die Schilddrüse von regelmäßiger Größe, die inneren Drosselblutadern zusammengefallen und mit wenig Blut versehen; die innere Fläche der Luft- und Speiseröhre mit einem bräunlichen Schleime überzogen;

13.) die Lunge mäßig ausgedehnt, beyde Flügel rückwärts durch eine falsche Haut an das Brustfell befestiget; die Substanz beyder mit schäumig zum Vorschein kommendem Blute und mit einer wässerigen Flüssigkeit versehen, zwischen den Fingern zerreiblich; in der Brusthöhle und im Herzbeutel die gewöhnliche Menge Serum; das Herz klein mit Fett bewachsen, in seinen Kammern, in den großen Schlag- und Blutadern flüssiges Blut, seine Substanz leicht zerreißbar;

14.) die Leber von normaler Größe, rothbrauner Farbe, ihre Substanz derb und blutreich; ihre Blase mit viel dünner, röthlichgelber Galle gefüllt; die Milz klein, blaß und welk; die große Magendrüse schlaff;

15.) Das Netz klein und mager; den Magen zusammengefallen ohne Spuren von einer Entzündung, seine Höhle mit beyläufig einer Unze bräunlicher Flüssigkeit versehen, seine innere Wand mit einem braunen Schleime überzogen und blaß; die dünnen Gedärme größtentheils, und die dicken in ihrem ganzen Verlaufe mit Luft gefüllt;

16.) Das Gekröse mager; die Nieren in magere Kapseln gehüllt, ihre Substanz welk und blutreich; die Harnblase erschlafft und zusammengefallen mit einem Quentchen klaren Harn versehen; die Gebärmutter von gewöhnlicher Größe, in ihrer Höhle etwas flüssiges Blut angesammelt; die Eyerstöcke und Muttertrompeten normal.

Den Gerichtsärzten lag es nach gepflogener genauer Besichtigung der Entleibten ob:

I. Die Zahl und Beschaffenheit der Verletzungen zu beschreiben;

II. zu bestimmen, in wie weit jede vorgefundene Verletzung oder Verwundung gefährlich oder tödtlich sey;

III. das Werkzeug, womit die Tödtung geschehen seyn dürfte, anzuführen;

IV. zu erklären, ob der Tod nothwendig aus der That, oder aus Nebenumständen erfolgt sey; und

V. den Grad der angewandten Gewalt, oder ausgeübten Grausamkeit anzugeben.

Darüber erfolgte nachstehendes Gutachten:

Ad I. Es seyen mehrere Verletzungen, und diese von dreyerley Beschaffenheit wahrgenommen worden, und zwar:

a) einige Hautabschürfungen auf der rechten Seite des Gesichtes (Nr. 3);

b) vier mit Blut unterlaufene Hautstellen, nämlich eine am rechten Stirnhügel, eine am rechten oberen, dann am linken oberen und unteren Augenliede (Nr. 3), ferner eine am untern Ende des linken Vorderarmes;

c) zwey durch ein stumpfes Werkzeug hervorgebrachte, eine 2 Zoll und eine anderthalb Zoll lange, durch die eigentliche Haut, die flechsige Haube und die Beinhaut gedrungene Wunden in der linken Scheitelgegend (Nr. 2 α und β), welche einen von der Mitte des linken Seitenwandbeines anfangenden, durch den schuppichten Theil des dießseitigen Schlafbeines laufenden (Nr. 7), durch beyde Knochentafeln (Nr. 8), bis zur Spitze des felsigen Theiles dieses Knochens gedrungenen Knochensprung (Nr. 10), einzelne Nebensprünge (Nr. 7, 8 und 10), eine Blutaustretung über die ganze Oberfläche des großen Gehirnes und in den mittleren Gruben des Schädelgrundes (Nr. 9 und 10), blutige Streifen in der Substanz des, den Anatomen unter dem Namen der Varol's Brücke bekannten Gehirnanhanges, somit eine allgemeine, zweymahl wiederholte heftige Erschütterung des Gehirnes zur Folge gehabt haben.

Ad II. Es seyen zwar jene Hautabschürfungen auf der rechten Seite des Gesichtes für unbedeutend, die vier sugillirten Hautstellen, sowohl jede einzeln, als im Ganzen betrachtet, für leichte Beschädigungen; dagegen die wiederholten Erschütterungen des Gehirnes, wegen des hierauf über die ganze Oberfläche des großen Gehirnes erfolgten, durch keine Kunsthülfe zu entfernenden Blutextravasat's, für tödtlich zu erklären.

Ad III. Es sey das Werkzeug, womit die Tödtung geschehen ist, ohnehin bekannt und in gerichtliche Verwahrung genommen worden.

Ad IV. Es sey, obgleich die Erschlagene nicht ganz gesund gewesen ist, sondern laut Befund (Nr. 13) an der Wassersucht der Lunge gelitten hat, dennoch der Tod nothwendig und allein aus der That erfolgt, indem das Lungenübel auf die Tödtlichkeit der wiederholten heftigen Gehirnerschütterung schlechterdings keinen Einfluß haben konnte, und die Beschädigte an den Folgen dieser Verletzung hätte sterben müssen, wenn sie auch mit der gesündesten Lunge versehen gewesen wäre.

Ad V. Es müsse angenommen werden, daß der Grad der

angewandten Gewalt nicht groß gewesen sey, weil — ein dreyßig Pfund schweres eisernes Schraubenschneid-Werkzeug die am Kopfe der Entleibten wahrgenommenen Wirkungen schon durch sein Gewicht hervorzubringen im Stande wäre, die Zerstörungen am Schädel aber weit beträchtlicher gewesen seyn würden, wenn das Werkzeug mit verstärkter Gewalt angewendet worden wäre, daß somit kein größerer Grad von Grausamkeit ausgeübt worden sey, als zur Tödtung einer erwachsenen Weibsperson erfordert werde.

In Kürze war also das Gutachten folgendes: „Daß die gerichtlich Untersuchte an den Folgen zweyer Schläge auf den Kopf mit einer dreyßig Pfund schweren eisernen Schraubenschneidkluppe nothwendig habe sterben müssen, und daß zur Vollbringung dieser Tödtung bloß der erforderliche Grad von Gewalt und Grausamkeit angewendet und ausgeübt worden sey.“

Die vorzüglichen, diese Tödtung betreffenden gerichtlichen Vernehmungen waren von folgendem Resultate:

Zunächst brachte die bey dieser traurigen Scene zugegen gewesene siebenjährige Jakobine F., Tochter der F.'schen Eheleute, ungeachtet ihres jugendlichen Alters mit vieler Besonnenheit und Bestimmtheit im Wesentlichen an: Ihr Vater hätte am besagten Abende gleich nach seinem Eintritte in's Zimmer den Rock, die Stiefeln und das Schurzfell ausgezogen, und darauf mit der Mutter wegen Geldes zu streiten und zu lärmen angefangen, worüber die Mutter ihm bedeutet habe, daß er, wenn er keine Ruhe gebe, noch am nämlichen Abende aus dem Hause fortgeschafft werden würde. Während dieses Streites sey die Mutter bey dem, ihrem Bette zunächst gestandenen Korbe gewesen, und habe Strümpfe herausgesucht, ihr Vater aber sey bey dem Tische, worauf zum Abendessen schon eine Suppe angerichtet gewesen wäre, gesessen, als auf einmahl ihr Vater in der größten Hitze des Wortwechsels vom Sessel aufgesprungen und auf den Winkel der Zimmerthüre zugerannt sey, die dort seit längerer Zeit gestandene Schneid-

kluppe ergriffen und der Mutter, ohne daß sich diese etwas versehen konnte, zwey starke Streiche auf dem Kopfe versetzt habe, sie unter dem Ausrufe: „Jesus — Maria — und Joseph!" sogleich zu Boden gesunken sey, ohne einen Laut mehr von sich zu geben. Hierüber habe sie (Jokobine) zu schreyen und zu weinen angefangen, auf die Drohung des Vaters aber, der inzwischen die Kluppe auf den Boden niedergeworfen habe, „daß er sie, wenn sie nicht ruhig sey, auch erschlage," ihr stilleres Weinen und Klagen in einem Winkel des Zimmers fortgesetzt. Der Vater sey sohin auf einige Augenblicke aus der Wohnung gegangen, jedoch bald wieder in das Zimmer zurückgekehrt, dort habe er die Mutter angesehen, sich schnell angezogen und fortbegeben, sie selbst aber sey von den bald darauf zur Hülfe herbey gekommenen Nachbarsleuten zu einem Verwandten gebracht worden, der sie in die Pflege genommen habe.

Ueberdieß ließ sich durch den im nämlichen Hause, wo die That geschah, wohnhaften Mehlverschleißer Michael M., dann seine Ehefrau, Tochter und Dienstmagd, eine vom Schmiedmeister F. im Gefühle seines begangenen Unrechtes gemachte Aeußerung erheben, nach welcher er freywillig sich als der dießfällige Thäter erkläret hat. Die erwähnten vier Personen sagten nämlich, sie wären am bemeldten Abende vom 27. December 1828 in ihrer Wohnung beysammen gewesen, als plötzlich die vom Haushofe dahin führende Thüre schnell geöffnet, und von dort hereingerufen worden sey: „M., ich habe mein Weib erschlagen!" An der Stimme sey von ihnen der F. erkannt worden, dessen Ausruf sich sohin, obwohl sie die Wahrheit der Erfüllung anfänglich bezweifelt hätten, leider bestätigt gefunden habe.

Endlich wurde durch die Vernehmungen des dortigen Hauseigenthümers, des Hausmeisters, und mehrerer Inwohner, welche über den Lärm des bald nach der That in die Wohnung seines Meisters F. getretenen Schmiedgesellen Jakob L. herbeygeeilt waren, so wie durch die Angaben des gleich herbeygeholten Seelsorgers und Bezirksarztes außer Zweifel gesetzt, daß

die F. in einem ganz bewußtlosen Zustande gelegen sey, bis sie einige Stunden darauf ihren Geist aufgegeben habe.

Unterdessen wurde der flüchtig gewordene Jakob F. bey seinem Bruder, der in einem von W. nicht weit entfernten Orte lebte, über getroffene Verfügung angehalten, und in den Untersuchungsarrest des competenten Criminalgerichtes eingeliefert.

In dem mit demselben unterm 2. Jänner 1829 eröffneten Verhöre gab er an:

Er heiße Jakob F., sey 43 Jahre alt, von K.* geboren, katholisch, nach seiner Muthmaßung Witwer und von Profession ein Schmiedmeister. Seine Ehefrau Maria, welche Witwe des Hufschmiedmeisters M. gewesen sey, habe er theils aus Neigung, theils um das Meisterrecht leichter zu erhalten, im Jahre 1814 geheirathet, und mit ihr fünf Kinder erzeugt, wovon zwey mit Tod abgegangen, zwey in fremder Pflege seyen, und nur noch die siebenjährige Jakobine bis in der letztern Zeit sich zu Hause befunden habe. Er hätte sich bereits vier Mahl wegen seiner Ehefrau im politischen Verhafte befunden, und sey nun sogar in die Criminaluntersuchung gerathen, weil er dieselbe erschlagen hätte. Während seiner 14jährigen ehelichen Verbindung habe er immer unzufrieden mit seiner zanksüchtigen Ehefrau gelebt, welche wegen der zwischen ihnen immer mehr zunehmenden Mißhelligkeiten nicht allein einige Mahle auf gerichtliche Scheidung gedrungen wäre, sondern auch im Jahre 1827 es dahin gebracht habe, daß er sogar gerichtlich als Verschwender erklärt worden sey, in Folge dessen von dem aufgestellten Curator der Betrieb seines Gewerbes abhängen mußte. Ueberdieß habe er in Erfahrung gebracht, daß man ihn in eine Versorgung geben wolle, und weil eben am Nachmittage des 27. December 1828 ein Gerichtsdiener in's Haus gekommen wäre, der seiner Ehefrau eine versiegelte Schrift eigenhändig zugestellt habe, worüber er der Meinung gewesen sey, daß er nunmehr in eine Versorgung geschafft werden würde, so habe dieß genüglichen Stoff zu neuen Zänkereyen gegeben, bis er

gegen Abend in's Wirthshaus gegangen sey, wo er drey Seidel Wein getrunken habe; dann sey er wegen Eincassirung von geringen Gewerbsforderungen zu zwey Schuldnern fruchtlos gegangen, und gegen halb acht Uhr ganz ruhig nach Hause zurückgekehrt. Im Wohnzimmer, wo seine Ehefrau und seine Tochter Jakobine gewesen wären, habe er seinen Rock und sein Schurzfell abgelegt, auch seine Stiefeln ausgezogen, und sich bloßfüßig zu dem Tische, wo Suppe aufgetragen gewesen wäre, gesetzt, als auf einmahl seine Ehefrau wieder zu lärmen angefangen und ihm bedeutet habe, „daß er sie an diesem Tage um Geld durch unberechtigte Eincassirung von Gewerbsforderungen betrogen hätte, und er deßhalb noch am nämlichen Abende aus dem Hause müsse." Dieser ungerechte Vorwurf habe ihn in heftigen Zorn gebracht. Bey dem Umstande, daß seine Frau während dieses Streites neben ihrem Bette auf einem Sessel sitzend in gebückter Stellung sich befunden, und mit Strümpfanlegen sich beschäftigt hätte, habe er vermuthet, daß sie ihre obbemeldete Drohung verwirklichen, und um die Wache gehen wolle. Die widrigen Vorstellungen, daß er kein Geld habe, daß er in den Augen der Welt durch sein Weib so herabgesetzt und als Verschwender erklärt worden sey, daß ihm bald wieder eine Arretirung bevorstehe, hätten so heftig auf ihn gewirkt und seinen Zorn so gereizt, daß er ganz erbittert die im Ecke neben der Thüre des Zimmers gestandene große Schraubenschneidkluppe ergriffen habe, auf seine Ehefrau zugerannt sey, und ihr damit zwey Streiche auf den Kopf versetzt habe, sich denkend: „Es sey jetzt schon alles eins, verloren sey er schon so auf der Welt, es soll nun geschehen, was wolle!" Auf diese Streiche wäre seine Ehefrau zusammen gefallen, die Tochter Jakobine habe heftig zu weinen angefangen, und er gleich in einer verworrenen Stimmung sich zu seinem Nachbar Michael M. mit dem Bedeuten verfügt, „daß er seine Frau erschlagen hätte!" Eilig aber in die Wohnung zurückgekehrt, habe er sich angezogen, die Flucht genommen, und nach W. N. sich begeben, wo er, bevor er noch mit seinem

dort befindlichen Bruder zusammen gekommen wäre, angehalten worden sey.

Im Zuge der wider F. wegen Mordes eingeleiteten Untersuchung ging aus der Einsichtnahme der mit dem Inquisiten im politischen Wege gepflogenen Verhandlungsacten hervor, daß seine viermahlige Anhaltung immer Excesse, lebensgefährliche Drohungen und Handlungen, eingealtete Trunkenheit, arbeitsscheuer Wandel, wörtliche und thätige Beleidigung der Wache bey Gelegenheit seiner Arretirungen zum Gegenstande hatte. Es stellte sich dadurch rücksichtlich seiner Persönlichkeit das Charakter-Gemählde eines Menschen dar, der, arbeitsscheu sich dem ungezügelten Hange des Trunkes ergebend, roh an Bildung, und im berauschten Zustande gereizt, des höchsten Excesses fähig ist, wobey insbesondere zu berühren kommt, daß er schon im August 1827 eines Tages mit einer Hacke auf seine Ehefrau schlagen wollte, die sich damahls nur durch schnelle Flucht rettete, so wie er übrigens ihr früher und später in seiner Wuth drohte, sie einmahl umzubringen.

Die ausgehobenen Civilacten bewährten ferner, daß schon unterm 27. August 1827 von seiner Ehegattinn auf Scheidung von Tisch und Bett geklagt, und mittelst Vergleiches die Sache wieder beygelegt worden, auf erneuertes Anlangen aber vom 5. September 1828 und über eingeleitete ämtliche Untersuchung Inquisitens Prodigalitäts-Erklärung erfolgt sey.

Ueberdieß ließ sich durch mannigfaltige Vernehmungen von beyderseitigen Verwandten, Freunden und Bekannten dieser Eheleute rechtlich erheben, daß die getödtete F. zur Zeit, als sie den Inquisiten unter Mißbilligung von Seite der Verwandten ehelichte, eine ziemlich wohlhabende Bürgerswitwe gewesen wäre, deren Vermögen nach und nach durch den unordentlichen Lebenswandel des Inquisiten ganz geschmälert worden sey, — und darin war eben auch hauptsächlich der Grund ihrer uneinigen Ehe zu suchen. Das Resultat der einstimmigen Nachforschungen ging ferner dahin, daß die strenge, jedoch rechtlich denkende F. wohl häufig den Inquisiten mit gütlichen

Vorstellungen, dringenden Bitten und gerechten Vorwürfen zu bereden gesucht habe, damit er sich eine Ordnung angewöhnen möchte, was aber bey seinem mürrischen Charakter, seiner Rohheit und Sucht zum Trunke nichts fruchtete, weil seine Unlust zum Arbeiten so weit gegangen war, daß er oft plötzlich, wenn es ihm einfiel, die Gesellen von der Arbeit wegschaffte, die Werkstätte zusperrte, und in's Wirthshaus ging, ja, in der letztern Zeit sogar die Einrichtungsstücke und Werkzeuge selbst verkaufte, um Geld zum Saufen zu bekommen, daher zuletzt seine Wohnung mehr jener eines Bettlers, als eines Bürgers gleichsah. Insbesondere hat sich dargethan, daß die große Schraubenschneidkluppe mehrere Wochen vor der That auf Veranlassung der unglücklichen Frau selbst aus Besorgniß, daß ihr Mann dieses werthvollere Werkzeug sonst veräußern möchte, in das Wohnzimmer gebracht worden sey.

Näher über die der That des Inquisiten zum Grunde liegende bestimmte Absicht befragt, rechtfertigte er sich im Zuge seiner Verhöre dahin, daß er hierbey keine andere Absicht gehabt habe, als sich von seiner Ehefrau trennen, d. i., scheiden zu lassen, ohne sich im mindesten vorgenommen zu haben, sie wirklich mit der Schneidkluppe umzubringen. Er wäre nämlich damahls in einem solchen gereizten Zustande und im Gewirre von sich durchkreuzenden Gefühlen des Zornes, der Schande und Abneigung gewesen, daß er nicht überlegt hätte, was er thue. Zum Beweise dessen, daß er bey der That den Vorsatz auf den Tod seiner Ehefrau nicht gerichtet habe, führte er vorzüglich die entschuldigenden Umstände an, daß er damahls ruhig nach Hause gegangen sey, sich ganz ausgezogen habe, und schon im Begriffe gestanden sey, sich niederzulegen, als er durch das beleidigende Benehmen seiner Frau aus der Fassung gebracht, und von heftigem Zorne und blinder Wuth überwältiget, plötzlich mittelst der im Zimmer zufällig gestandenen Schneidkluppe das Uebel ausgeführt habe.

Gegen diese Verantwortung des Inquisiten sprachen aber Gründe, wodurch sich darstellte, daß Inquisit mit höchster

Wahrscheinlichkeit durch seine Mißhandlung unmittelbar den Tod seiner Frau beabsichtiget habe. Diese Gründe waren:

a) daß seine eheliche Verbindung und das Zusammenleben mit der Maria F. unter außerordentlich ungünstigen Umständen fortdauerte, weil die gegenseitige Abneigung bereits einen solchen Grad erreichte, daß immer hieraus das größte Unglück zu befürchten stand, und es erwies sich dadurch auch jener vom Gesetze, insbesondere bey den das Leben der Menschen bedrohenden Verbrechen, erforderliche Grad der Feindseligkeit, welche die Möglichkeit darstellte, unter welcher ein Mensch zur Verübung eines solchen Verbrechens fähig gehalten werden kann;

b) daß die Drohung seiner Ehegattinn, ihn gleich arretiren lassen zu wollen, ihn zum Unmuthe reizte, welcher bey der oberwähnten feindseligen Abneigung den Tod derselben als zweckmäßiges Mittel zur Verhinderung ihres Vorhabens und zur gänzlichen Befreyung dieser ihn drückenden Verhältnisse wählen ließ;

c) daß hierbey die Eigenschaft des Instrumentes, mit welchem Inquisit seiner Frau die Verletzungen beybrachte, äußerst beschwerend erschien, da bey dem schweren Gewichte desselben durch die geringste Bewegung eines feindseligen Schlages, besonders wenn letzterer auf edlere Theile des Körpers, wie es hier der Fall ist, gerichtet wird, das Leben eines Menschen nothwendiger Weise in Gefahr kommen muß;

d) daß er seiner Frau zwey Streiche mit dem gefährlichen Mord-Instrumente beybrachte, wobey sein Gemüth wenigstens bey Versetzung des zweyten Hiebes von dem Mordgedanken unabänderlich ergriffen worden seyn mußte, womit auch seine im Summar-Verhöre vorgebrachte Aeußerung: „jetzt geschehe, was wolle!" deren Sinn er aber sohin modificirte, vollkommen im Einklange stand. Endlich

e) daß sein Charakter im äußersten Grade excessiv geschildert wurde, welchen er insbesondere gegen seine Ehefrau

zeigte, die von ihm bey verschiedenen anderen Gelegenheiten mit dem Umbringen bedroht worden ist.

So sehr übrigens diese Gründe den Inquisiten beinzichtigten, daß er durch seine Handlungsweise sich den Tod seiner Ehefrau als Zweck vorgesetzt habe, so erschienen sie doch bey seinem fortgesetzten Widerspruche und bey dem erhobenen Umstande, daß sich seine That plötzlich und ohne alle Vorbereitung ereignete, nicht zureichend, um gegen ihn hinsichtlich des Verbrechens des Mordes den rechtlichen Beweis seines bösen Vorsatzes herzustellen, daher Inquisitens Untersuchung rücksichtlich des Verbrechens des Mordes aus Abgang rechtlicher Beweise für aufgehoben erklärt wurde. Indessen ward aber Inquisit wegen seiner in feindseliger Absicht ausgeübten That, wodurch seine Ehefrau nothwendig um das Leben kam, des Verbrechens des Todtschlages schuldig erklärt, und im Milderungswege auf zwölf Jahre schweren Kerker mit einer Züchtigung von zehn Stockstreichen am Anfange und in der Mitte der Strafzeit verurtheilt, welche Strafe derselbe am 21. September 1829 antrat.

XXIX.

Einige Zweifel, die sich in Erledigung einer wegen Diebstahl abgeführten Untersuchung bezüglich der §§. 167, 415, 426 und 428 des St. G. I. Theils ergeben haben.

Vom

Herrn W*** W***.

A machte gegen seinen Zimmergenossen B die beschworene Anzeige, er habe gesehen, wie dieser ihm aus seinem im Bette versteckten Geldbeutel Geld entfremdet habe; er habe sogleich im Beutel nachgesehen, und einen Abgang von 28 fl. C. M. entdeckt, da er in dem Beutel nur mehr 40 fl. getroffen habe, während nach einer erst vor drey Tagen vor der Entfremdung geschehenen Zählung in selbem sich 68 fl. befunden hätten, und er gegen Niemand Andern einen Verdacht des Diebstahls haben könne. Schon vor Einem Jahre habe ihm B einen Einlösungsschein von 20 fl. aus einem versperrten Kasten genommen, ihm solchen aber bald darnach wieder rückgestellt, als Anzeiger diesen Einlösungsschein bey B gesehen, und ihn um die Ueberkommung gefragt habe. Er erwähne dieses letztern Falles nur, um zu zeigen, daß Niemand als B ihm die 28 fl. genommen ha-

ben könne; übrigens wolle er nicht, daß B etwa auch wegen der 20 fl. W. W. bestraft werde, denn diese Sache sey abgethan.

B, hierüber in Untersuchung gezogen, gestand, dem A aus seinem Beutel, den er aus dem Bette herauszog, 20 fl. C. M. genommen zu haben. Bey diesem Geständnisse blieb er aller Vorhaltungen ungeachtet stehen.

Hinsichtlich der früheren Entwendung von 20 fl. W. W. erzählte er über die Frage, ob er sich sonst nichts schuldig wisse, den Sachverhalt in Uebereinstimmung mit der Anzeige, und mit dem Beysatze, der Schlüssel zum Kasten sey offen auf diesem gelegen, und bemerkte über die Vorhaltung dieses Diebstahles zur Begründung des Verdachtes, daß er zum zweyten Mahle nicht 20 fl., sondern 28 fl. entfremdet habe, daß, so wie er den ersten Diebstahl dem Beschädigten sogleich eingestanden, und den Schaden freywillig gut gemacht habe, er auch hier den vom Beschädigten angegebenen Betrag eingestehen würde, wenn er wirklich so viel entzogen hätte.

Bey dem Vortrage dieses Falles wurden mehrere Ansichten geäußert. Die Stimmenmehrheit erkannte dahin, die Entfremdung der 20 fl. sey kein Gegenstand des Urtheils, nachdem hier die Verfügung des §. 167 des St. G. eintrete, und auch im Urtheile nur die vom Gesetze selbst von einander abgesonderten Arten eines Verbrechens auszudrücken seyen, daher dieses bloß auf Aufhebung der Untersuchung zu lauten habe, da der Inquisit zwar des Diebstahls von 28 fl. noch immer rechtlich beschuldiget sey, ihm aber der Beweis über die Entziehung dieses Betrages nicht hergestellt werden könne. Zugleich beschlossen diese Stimmen, daß der Untersuchungsact der politischen Behörde zur Amtshandlung mitzutheilen sey, damit Inquisit wegen der von ihm eingestandenen schweren Polizey-Uebertretung des Diebstahles von 20 fl. M. bestraft werde, so daß er mit seiner That nicht ganz ungestraft davon komme.

Als weiterer Grund wurde von einigen Stimmenden hier-

für angegeben, daß dem Inquisiten hierdurch keineswegs Unrecht geschehe, denn in majori continetur minus.

Die von der politischen Behörde rückgelangten Untersuchungsacten zeigten, daß Inquisit wegen schwerer Polizey-Uebertretung des Diebstahles mit vierzehntägigem strengem Arreste bestraft worden sey.

Eine Stimme des Criminalgerichtes meinte, die beyden Entziehungen an A seyen einzelne Angriffe. Bey dem Verbrechen des Diebstahles, der Veruntreuung, und des Betruges sey der Werth des in mehreren Angriffen Entfremdeten zusammen zu ziehen, und dieser Zusammensatz bilde nur Eine That. Da nun der §. 167 des St. G. zur Straflosigkeit des Thäters erfordere, daß der ganze aus seiner That entstandene Schade gut gemacht werde, hier aber der ganze Schade nicht gut gemacht sey, so sey der Diebstahl von 20 fl. W. W. allerdings der Gegenstand einer Imputation, und wenn die entgegen gesetzte Ansicht richtig wäre, auch ein Gegenstand der besondern Erwähnung im Urtheile, weil das Hofdecret von 23. October 1802, Nr. 580, bestimme, daß auch bey Verbrechen der nämlichen Art, jene, wegen welcher der Untersuchte unschuldig befunden worden ist, besonders auszudrücken seyen, damit er sich durch dieses Urtheil gegen weitere Untersuchungen schützen könne. Inquisit sey also wegen Verbrechen des Diebstahles schuldig zu erkennen. Stante concluso sey er aber auch nicht dafür, daß die Untersuchungsacten der politischen Behörde mitzutheilen seyen, weil kein Gesetz dieß anordne, und im Falle weitere Beweise rücksichtlich der 28 fl. hervorkämen, müßte dann vorläufig die Anfrage nach §. 225 des St. G. an das Obergericht gemacht werden.

Dieser Fall gibt zur Betrachtung Veranlassung:

I. Ob Derjenige, der einen Diebstahl begangen, und den Schaden vor gerichtlicher Entdeckung gut gemacht hat, dießfalls straflos sey, wenn diese Entfremdung in einer Untersu-

chung über einen später von ihm begangenen Diebstahl zur Sprache kommt.

II. Ob, wenn der Inquisit mehrerer Diebstähle beanzeigt, eines schuldlos, der übrigen aber nicht schuldlos erkannt wird, die Schuldlosigkeit im Urtheile auszudrücken sey?

III. Ob die Untersuchungsacten gegen denjenigen, der eines criminellen Diebstahles wegen untersucht wurde, wenn er den Diebstahl nur in der Eigenschaft einer schweren Polizey-Uebertretung gesteht, und daher die Criminaluntersuchung wegen Mangel der Beweise aufgehoben wird, der politischen Behörde zur Behandlung des Falles als schwere Polizey-Uebertretung abzutreten seyen?

Zu I.

Das Hofdecret vom 11. May 1816, Nr. 1243, erklärt die aufgestellte Behauptung, daß bey mehreren Diebstählen jeder Einzelne für sich betrachtet nur als Angriff und nicht als That zu bezeichnen sey, dadurch für irrig, daß es die Worte, „Handlung, Angriff, und That" als Synonyma gelten läßt. Auch der Sprachgebrauch erklärt sich hierfür. Es ist auch nicht erklärbar, wie eine That dadurch, daß sie in der Folge wiederholt wird, aufhören solle, das zu seyn, was sie ursprünglich war.

Es kann sonach wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auf die Entziehung der 20 fl. W. W. der §. 167 d. St. G. I. Thls. anwendbar war, da der ganze Schade aus der That, rücksichtlich welcher die Frage entstand, wirklich gut gemacht war, und auch die übrigen Erfordernisse dieser Gesetzstelle vorhanden waren.

Wir nehmen auch keinen Anstand, zu behaupten, daß dieser Paragraph, auch in dem Falle, vorausgesetzt, daß auch die übrigen Erfordernisse vorhanden sind, Anwendung habe, wo Jemand, der 50 fl. dem A gestohlen hat, um diesen Schaden gut zu machen, dem B 50 fl. stiehlt, und damit dem A Ersatz leistet. Der Dieb wird hier immer nur wegen des an B verübten Diebstahles bestraft werden können.

Das Gesetz erfordert ja nicht, daß die Gutmachung des Schadens aus dem wohl erworbenen Vermögen des Diebes geschehe; denn sonst könnte die Straflosigkeit des Thäters durch die bloße Rückstellung des entzogenen Gutes gar nie eintreten, und es würde sich nur der vermöglichere, nicht aber der dürftigere Dieb der Wohlthat des §. 167 erfreuen können.

Zu II.

Im vorliegenden Falle wurde der Thäter wegen des Diebstahles von 20 fl. W. W. gar nicht zur Verantwortung gezogen, und konnte es nach dem Vorausgeschickten auch nicht werden, sondern die erstere That wurde nur als Stringirungsmittel rücksichtlich der zweyten That benützt; es war also bezüglich der erstern nach §. 415 St. G. I. Thls. auch gar nicht der Fall einer Frage vorhanden.

Angenommen aber, der Beschuldigte wäre auch wegen des Diebstahles von 20 fl. W. W. zur Verantwortung gezogen worden, und es wäre der Fall des §. 415 d. St. G. somit vorhanden gewesen, so glauben wir, daß die Schuldlosigkeit im Urtheile auszudrücken gewesen wäre, da das citirte Hofdecret der Bestimmung des §. 426 in diesem Falle nicht widerspricht, dieser Paragraph mit dem §. 445 des westgalizischen Strafgesetzes vom 17. Juny 1796 beynahe ganz gleichlautend ist, und das Hofdecret vom 23. October 1802, Nr. 580, in Westgalizien als Erläuterung des §. 445 angesehen wurde.

Der §. 426 unseres Strafgesetzes verordnet, daß das Urtheil zu enthalten habe, ob der Beschuldigte schuldlos, oder straffällig erkannt, oder ob die Untersuchung aus Mangel des Beweises aufgehoben worden sey. Die Entscheidungsgründe enthalten den Ausspruch der Schuldlosigkeit; es ist also nicht abzusehen, warum nicht auch das Urtheil ihn enthalten soll, damit der dießfalls schon zur Verantwortung Gezogene sich damit, wie obiges Hofdecret sagt, gegen eine weitere Untersuchung schützen könne, und damit der Inquisit nicht etwa glaube, er sey auch wegen einer That, in Betreff welcher er sich seiner

Schuldlosigkeit bewußt ist, verurtheilt worden, was ihn leicht zu einer unnützen Recursanmeldung veranlassen könnte.

Da die Praxis dieß in schweren Polizey-Uebertretungen beobachtet, so scheint dieses Benehmen wohl um so mehr bey Verbrechen am Platze zu seyn, wo wenigstens eben so viel Grund vorhanden ist, ein Mißverständniß von Seite des Inquisiten zu beseitigen, und ihn nicht härter zu behandeln.

Zu III.

Die Aufhebung der Untersuchung wegen Mangel des Beweises ist die Erklärung, daß der Inquisit sich vom Verdachte des Verbrechens nicht gereinigt habe, daß das Verbrechen allerdings objectiv noch bestehen, der Beschuldigte desselben aber nicht überwiesen werden könne. Die Abtretung einer wegen Mangel des Beweises aufgehobenen Untersuchung an die politische Behörde, damit der Inquisit wegen des Geständnisses derselben That von der politischen Behörde abgestraft werde, enthält also eine mit sich selbst im Widerspruche stehende Erklärung, daß die That ein Verbrechen, und eine schwere Polizey-Uebertretung, also kein Verbrechen sey. Nil potest simul esse et non esse.

Durch ein solches Verfahren bereitet der Criminalrichter sich und dem Obergerichte selbst Hindernisse, oder doch Schwierigkeiten für den Fall, als neue Beweismittel hervorkommen, die eine Wiederaufnahme der Untersuchung begründen, weil er, wenn der Inquisit von der politischen Behörde dieser That wegen abgestraft worden ist, nach dem Hofdecrete vom 20. Jänner 1823, Nr. 1920, die Wiederaufnahme der Criminaluntersuchung ohne höhere Genehmigung nicht beschließen darf, und die politische Behörde, wegen der Aburtheilung des Inquisiten allenfalls zur Rede gestellt, sich damit vertheidigen kann, daß sie sich hier keiner Gerichtsbarkeit (§. 225 des St. G. I. Theils) angemaßt habe, weil das Criminalgericht durch Abtretung dieses Falles an sie ihre Competenz anerkannt habe.

Damit zerfallen schon die für die Abtretung angeführten Gründe, denn nur Derjenige darf dem Criminalrichter strafwürdig erscheinen, dem eine in sein, des Criminalrichters, Bereich fallende Handlung erwiesen ist; durch sein Urtheil ab instantia erklärt er aber, daß dem Inquisiten diese ganze That nicht erwiesen sey, er kann also von der Strafwürdigkeit eines Theiles derselben gar nicht sprechen. Demjenigen geschieht auch ganz gewiß unrecht, dessen Handlung nach andern Normen beurtheilt werden will, als der Gesetzgeber zur Beurtheilung derselben vorgezeichnet hat, und es ergibt sich hieraus, daß der Satz: In majori continetur minus — hier ganz unrecht angewendet sey.

XXX.

Ueber den Eid der §§. 133 und 134 der a. G. O.

Vom

Herrn Dr. Ludwig Schwarz.

In einer zum Theile noch in letzter Instanz anhängigen Rechtssache trug die Klägerinn mehreren Geklagten über die von ihnen widersprochene Echtheit der Unterschrift einer Klageurkunde den Eid des §. 133 der a. G. O. (den Difessionseid) mit der Wirkung der Irreferibilität auf. In erster Instanz wurde aus nicht hierher gehörigen fremdartigen Gründen gar nicht darauf eingegangen. Das hohe Appellationsgericht erkannte auf diesen aufgetragenen Eid, ohne dem Delaten die Alternative zwischen der eigenen Ablegung und der Zurückschiebung des Eides übrig zu lassen, und die Geklagten läugneten auch wirklich die Echtheit der Handschrift eidlich ab. Der Rechtsfall veranlaßte mich, die rechtliche Natur des in den §§. 133 und 134 der a. G. O. gedachten aufgetragenen Eides, oder mit andern Worten, die Frage einer mehreren Prüfung zu unterziehen, ob es denn nach der allgemeinen Gerichtsordnung einen sogenannten Difessionseid (eine eidliche irreferible Abläugnung der Echtheit der Handschriften) gebe?

Es gibt keinen Difessionseid mehr, hört man so allgemein, und ich selbst bezweifelte lange seine Existenz. Denn in der

allgemeinen Josephinischen Gerichtsordnung wird hiervon keine Meldung gemacht und durch das Hofdecret vom 10. Februar 1789 wurden alle nicht in dieselbe mitaufgenommenen Beweise des gemeinen Prozesses derogiret. Selbst der competenteste Richter, der Herr Vicepräsident v. Pratobevera, spricht sich in seinen Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege (4. Bd. S. 133 — 138) unverholen dahin aus, der gedachte Eid, den er übrigens selbst Diffessionseid nennt, sey unstreitig dem Haupteide (Schiedeseid, juramentum voluntarium litis decisorium) gleich zu achten und alle Grundsätze des letztern darauf anzuwenden.

Dessen ungeachtet will es mich doch bedünken, daß der in den §§. 133 und 134 der G. O. gedachte Eid ein aufgetragener nicht zurückschiebbarer Eid ist, und ich wurde zu dieser Ansicht durch nachfolgende Gründe bestimmet:

1.) Richtig ist es zwar, daß der allgemeinen Gerichtsordnung der Nahme Difessionseid fremd geblieben ist; allein daraus folgt noch nicht, daß sie den Eid selbst nicht kenne. Ich streite nicht um den Namen, „Difessionseid,“ sondern will vielmehr den in den §§. 133 und 134 der G. O. gedachten Eid mit gar keinem besondern Namen und so auch nicht mit dem Namen „Haupteid“ bezeichnet wissen. Nenne man ihn schlechthin den Eid der §§. 133 und 134 der a. G. O., weil dessen in diesen Paragraphen erwähnet wird, nicht aber Haupteid, weil er auch im Gesetze nicht Haupteid genannt wird.

Während der Gesetzgeber diesen speciellen Ausdruck „Haupteid“ dem allgemeinern „Eid“ gewöhnlich, ja sogar immer vorzieht, wenn nicht ohnehin bereits ausdrücklich, und im nächsten zusammenhängenden Conterte, von dem Haupteide Erwähnung geschieht, wie das ganze Capitel von dem Haupteide, und alle hierzu erflossenen Declaratorien bewähren, ist in den §§. 133 und 134 der a. G. O. nur von einem aufgetragenen Eide die Rede. Der Eid der §§. 133 und 134 gehört also in die Classe jener Eide, die in der Gerichtsordnung vorkommen, ohne einen

besondern Namen zu haben, wie jene der §§. 48, 54 und 130 ꝛc., die also gleichwohl auch gesetzlich sind.

2.) Besteht wirklich ein Zweifel über den Sinn, den der Gesetzgeber in den §§. 133 und 134 der a. G. O. mit dem Worte „Eid" verknüpfte, so soll dem Worte doch jene Bedeutung gegeben werden, die es zur Zeit der Textirung der Gerichtsordnung hatte, und welche dem Gesetzgeber bey Stylisirung dieser Paragraphe vorgeleuchtet hat. Die Worte eines Gesetzes sollen in der ihnen eigenthümlichen Bedeutung ausgelegt werden (§. 6 des a. b. G. B.). Die Eigenthümlichkeit der Bedeutung der Worte wird entweder durch den allgemeinen Sprachgebrauch, oder wo dieser vag ist, und in der Jurisprudenz eine nähere Bestimmung erhält, durch die Gesetze und die hiernach gebildete juridische Geschäftssprache normirt. Diese Art der Interpretation wird zugleich durch die allgemein anerkannten Vorzüge jeder geschichtlichen Behandlung und Entwicklung des positiven Rechtes gerechtfertiget, und führet von selbst und unfehlbar dahin, dem Eide der §§. 133 und 134 der a. G. O. jenen Sinn beyzulegen, der der analogen im gemeinen Prozesse bemeldeten eidlichen Abläugnung der Handschriften zum Grunde liegt. Leider sind jedoch die Civilisten über die rechtliche Natur und Beschaffenheit des Diffessionseides nicht einig. Selbst Jene, die die Zurückschiebbarkeit des Diffessionseides in Abrede stellen, begründen ihre Ansicht damit, daß sie ihn einen nothwendigen, vom Richter auferlegten Eid ohne Auftragung erklären[1]), während die §§. 133 und 134 ausdrücklich die Auftragung des Eides verordnen. Der Eid der Gefährde dagegen, der in den §§. 48 und 54 der G. O. vorkommt, muß nicht aufgetragen werden, da daselbst von keiner Auftragung die Rede ist. Allein, selbst zugegeben, dieser Eid sey ein freywilliger Eid im Sinne des gemeinen Rechtes, so kann doch daraus noch nicht

[1]) Siehe Gönner's Handbuch II. Bd., Nr. XVI, §§. 11 — 14.

auf die Irreferribilität des Eides geschlossen werden. Denn nach der österreichischen Gerichtsordnung kann der Richter überhaupt auf keinen andern Beweis erkennen, als welcher von den Parteyen, und zwar nach §. 104 der G. O. von demjenigen beantragt ist, dem der Beweis obliegt (§. 106 der G. O.). Damit der Richter also auf einen Eid erkennen könne, muß sich derjenige, der ihn selbst leisten darf, hierzu anbiethen, und wenn ihn der Gegner zu leisten hat, muß er ihn diesem auftragen. Spricht dann der Richter auf den angebothenen oder aufgetragenen Eid, so ist dieser Eid immer ein freywilliger Eid. Dann ist nicht nur der Haupteid oder der Eid der §§. 133 und 134 der a. G. O., sondern auch der Schätzungs-, der Erfüllungs-, der Manifestationseid, und der Eid der §§. 48 und 53 der G. O. ein freywilliger Eid. Man kann aber deßhalb nicht schon auf die Referibilität des besprochenen Eides schließen. Denn man müßte sodann auch den Manifestationseid, oder den Eid der §§. 48 und 53 für einen referiblen halten. Die richtigere Ansicht über die Beschaffenheit des Difessionseides scheint noch immer die Ansicht derjenigen zu seyn, die ihn für einen Gefährdeeid (juramentum calumniae) und eben darum auch für irreferibel erklären [1]). Wenigstens haben sie L. 2 C. de jur. propter calumniam 2. 59. Nov. 49. c. 3. J. R. §. 39, und vorzüglich, da Jemand seine eigene Handschrift widerspricht, die Natur der Sache für sich. Die Irreferibilität wird auch von den ansehnlichsten Civilisten vertheidiget, und war immer mehr die allgemeine Doctrin, die dem österreichischen Gesetzgeber so sicherer vorgeleuchtet zu haben scheint, als sie auch in die bayrische Gerichtsordnung

---

[1]) Siehe Martin's Lehrbuch des deutsch. gem. bürgerl. Prozesses §§. 203 u. 301. Gönner a. a. O. Sengebusch D. de indole juram. diff. 1801 von Bülow und Hagemann. I. Erörterungen 24. §. 3. Vergl. dagegen Danz ordentl. Proz. §. 334. Malblanc doct. de jurispr. §. 50.

übergegangen ist, wo es C. 8. Nr. 6 ausdrücklich heißt, daß der Diffitent seine Diffession auf Begehren des Gegentheils sub poena recogniti mit seinem Eide zu erhärten schuldig sey.

3.) Der §. 224 der a. G. O. enthält die allgemeine Norm:

„Jener, welcher einen Beweis oder Gegenbeweis durch seinen Eid herzustellen hat, muß ihn drey Tage, nachdem der Spruch in die Rechtskräfte erwachsen ist, oder wenn das Urtheil in letzter Instanz ergangen ist, binnen vierzehn Tagen vom Tage des zugestellten Spruches antreten, widrigens ist der Beweis oder Gegenbeweis erloschen." Wem also der Eid über die Echtheit einer Handschrift aufgetragen ist, der hat den Eid binnen der vorgeschriebenen Zeit anzutreten, d. i. um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des Eides anzusuchen, und ihn sohin abzulegen, widrigens ist der Beweis oder Gegenbeweis zu seinem Nachtheile erloschen, und die zu beschwörende Thatsache oder deren Widerspiel wird gegen ihn für wahr gehalten. Zu einer Zurückschiebung des Eides ermächtiget ihn weder der angezogene Paragraph, noch die §§. 133 und 134 der a. G. O., und wenn auch bey dem Haupteide eine Ausnahme von der Norm des §. 224 der a. G. O. gemacht wird, so darf diese doch nicht auf den Eid der §§. 133 und 134 der G. O. erweiternd bezogen werden. Vielmehr gilt die Rechtsregel: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

4.) Zu der Alternative zwischen der Ablegung des Eides und dessen Zurückschiebung kann man nur durch den Spruch selbst ermächtiget werden. Denn trägt der Richter nur schlechthin den Eid auf, so muß auch der Delat diesem seinem Auftrage ohne weiters Folge leisten. Die Willkühr, ob er den Eid ablegen, oder zurückschieben wolle, ist ihm durch den Urtheilsspruch benommen. Wenn also in Folge der §§. 133 und 134 d. a. G. O. der Eid über die Echtheit der Unterschrift in dem

Urtheile aufgetragen ist, hat es der Delat auch nicht mehr in seinem Belieben, sich der eigenen Beschwörung durch die Zurückschiebung des Eides zu entziehen. Der Richter darf aber nicht dem Delaten in dem Urtheile die Alternative zwischen der selbsteigenen Ablegung des Eides, oder dessen Zurückschiebung überlassen, weil er überhaupt keine andere Prozedur zu verfügen ermächtiget ist, als welche in der Gerichtsordnung selbst verordnet wird. Nach den §§. 133 und 134 der G. O. ist der Eid nur aufzutragen. Daß der Richter dem Delaten die Alternative zwischen der selbsteigenen Ablegung und der Zurückschiebung des Eides stellen könne, dazu gibt ihm das Gesetz keine Legitimation; also darf er sie auch nicht in dem Urtheile aussprechen. Die Stellung der Alternative wäre um so gewisser eine durch kein Gesetz gerechtfertigte Eigenmächtigkeit, als an und für sich betrachtet und abgesehen von besondern positiven Normen die Auftragung einer gerichtlichen Handlung, also auch die des Eides, wohl die selbsteigene Vornahme derselben, die Ablegung des Eides durch denjenigen, an den der Auftrag erging, nicht aber die Ablehnung des Auftrages an einen Andern, wie an den Delaten nach sich zieht.

5.) In dem Begriffe eines aufgetragenen Eides liegt nicht die Eigenschaft der Zurückschiebbarkeit. Der Eid der §§. 133 und 134 ist als ein aufgetragener Eid dem zurückschiebbaren Haupteide nicht ähnlicher, als dem nicht zurückschiebbaren Manifestations-Eide, weßhalb auch von einer analogen Anwendung der Vorschriften über den Haupteid nicht wohl die Rede seyn kann.

6.) Selbst die Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit des Diffessionseides sprechen für ihn das Wort, und verdienen mindestens da, als die wahrscheinlichsten Motive und die Absicht des Gesetzgebers, volle Beachtung, wo der Buchstabe des Gesetzes nicht im Wege steht. Wie schwierig ist nun schon überhaupt der Beweis über die Echtheit einer Handschrift und vorzüglich da, wenn die Urkunde in die Hände eines Dritten,

vielleicht durch fünfzig Mittelmänner gekommen ist. Wie soll dieser den Beweis der Echtheit der Handschrift führen, und sie eidlich beschwören können, da er sie nicht kannte, ihm auch kein Zeuge der Urkunde weder dem Namen, noch dem Charakter, noch dem Wohnorte nach bekannt ist? Selbst in den Händen des ersten Gläubigers unterliegt der Beweis vielen Schwierigkeiten. So haben in dem obgedachten Falle etwelche vierzig Unterthanen die Bürgschaftsurkunde, nicht in Gegenwart der Klägerinn, sondern einer nach dem andern bey dem Käufer unterfertiget; wie hätte sie nun im Zurückschiebungsfalle den Haupteid ablegen können? Ein chikanöser Widerspruch vereitelt dann nur zu leicht das gegründetste und wichtigste Recht des Gegners, und das materielle Recht geht unter der drückenden Form des Prozesses zu Grunde.

Die Zurückschiebbarkeit, der hier das materielle Recht zum Opfer gebracht werden will, dient im Falle des §. 133 der G. O. nur zur Ausführung einer Caprice, weil Jeder doch seine Handschrift gewiß kennen muß. Mißlicher verhält sich die Sache, wenn es sich um die Handschrift einer dritten noch lebenden Person, oder eines Verstorbenen handelt. Wenn sich da der Producent genöthiget sieht, von dem Difessionseide Gebrauch zu machen, kann der Product ohnehin sich gegen die Ablegung des Difessionseides durch eine ihm zu Gebothe stehende Gewissensvertretung verwahren. Wenn auch er keinen Beweis der Unechtheit zu liefern im Stande ist, wenn also weder ein Beweis der Echtheit, noch ein Beweis der Unechtheit der Handschrift besteht, so scheint es, müsse man sich wohl an das halten, was die sinnliche Wahrnehmung lehrt, und die Urkunde besagt. Denn zur Abläugnung findet sich nach der Voraussetzung kein genügender Rechtfertigungsgrund. Die Urkunde muß also, wenn deren Unechtheit von dem Producten nicht beschworen werden kann, für echt gehalten werden. Eine Zurückschiebbarkeit des Difessionseides an den Producenten wäre da eine überflüssige Eidesanhäufung — ohne Grund, denn es

besteht kein Grund, die Echtheit der Handschrift zu widersprechen, und zugleich eine Tortur, unter der das materielle Recht zu Grabe getragen würde, weil, wenn sich der Producent die Echtheit der Urkunde nicht zu beschwören getraut, auch jede echte Urkunde in Folge eines böswilligen und frivolen Widerspruches von Seite des Gegners für unecht gehalten werden muß.

XXXI.

Darstellung des rechtlichen Einflusses einer Servitut auf ein mit Pfandrechten belastetes dienendes oder herrschendes Gut.

Vom

Herrn Peter Gspan,

Rathsprotokollisten des k. k. steyermärkischen Landrechtes zu Grätz.

Vorwort.

Die in der Ausübung vielfältig gemachte Erfahrung, daß die Realitäten-Besitzer, ungeachtet das Gut mit Pfandrechten belastet ist, dasselbe noch, unbekümmert um die intabulirten Gläubiger, mit Dienstbarkeiten und anderen dinglichen Rechten beschweren, oder wirklich bestehende Grunddienstbarkeiten ohne Beystimmung der Pfandgläubiger aufgeben; daß ferner bey executiven Feilbiethungen ohne Rücksicht auf die intabulirten Gläubiger die Realitäten mit der Last der dinglichen Rechte versteigert werden, und daß sohin gesicherte Satzposten, weil durch die, dritten Personen zustehenden, dinglichen Rechte, oder durch Auflassung der Grund-Servituten der Werth des Gutes bedeutend herabsinkt, bey der Meistbothsvertheilung unbefriediget bleiben, gibt Veranlassung, zu untersuchen:

I. In wieferne, und unter welchen Bedingungen der Eigenthümer eines liegenden Gutes dritten Personen Servituten und andere dingliche Rechte auf seine mit Pfandrechten belastete Realität gültig einräumen, und

II. ob der Eigenthümer des mit Pfandrechten behafteten herrschenden Gutes die damit verbundene Grunddienstbarkeit ohne Beystimmung der Tabulargläubiger wieder aufgeben könne.

I.

Nach §. 354 des a. b. G. B. ist das Eigenthumsrecht die Befugniß des Eigenthümers, mit der Substanz und den Nutzungen der eigenthümlichen Sache nach Willkür zu schalten, und jeden Andern davon auszuschließen.

Denkt man sich den Eigenthümer bloß im Conflicte der Gesellschaft, so ist er berechtiget, seine eigenthümlichen Sachen zu jed' möglich' rechtlichem Zweck zu verwenden, und insoferne eine und dieselbe Sache zur Realisirung verschiedener rechtlicher Zwecke tauglich seyn kann, so gehen für den Eigenthümer aus dem Nutzungsrechte, in Anwendung auf die verschiedenen Zwecke, eine Menge einzelne Rechte hervor, welche ihm dergestalt zustehen, daß ihn an der Ausübung derselben, innerhalb der natürlichen und positiven Rechtsgränzen, Niemand stören darf.

Das Eigenthum ist das ursprüngliche Recht, welches einer Person auf eine Sache zusteht, und alle übrigen dinglichen Rechte setzen nothwendig schon das Eigenthumsrecht auf die Sache voraus. Bey dem Eigenthümer selbst sind alle möglichen dinglichen Rechte auf die Sache in dem Eigenthumsrechte schon begriffen, weil ihm vermöge seines Eigenthumsrechtes das Recht zusteht, sein Eigenthum zur Realisirung eines jeden rechtlichen Zweckes zu verwenden.

Sollte aber einer dritten Person auf eine solche eigenthümliche Sache ein dingliches Recht zustehen, so kann dieses nicht anders geschehen, als daß sie ein solches gegen den Eigenthümer rechtlich erworben hat.

Wollte man behaupten, man könne sich dingliche Rechte auf eine Sache erwerben, ohne daß diesen ein Eigenthumsrecht zum Grunde liege, weil man z. B. die Dienstbarkeit des Weges über einen herrenlosen Grund bereits besitzen könne,

bevor der Grund selbst occupirt worden sey: so müßte man entgegnen, daß hier nicht ein Servitutsrecht, sondern ein wahres Eigenthumsrecht vorhanden sey, und daß bey der Besitzergreifung des herrenlosen Grundes nur dieser, mit Ausnahme des, den Weg einnehmenden Grundes, in das Eigenthum gebracht werden konnte, weil der Besitzergreifende aus der Bezeichnung erkennen mußte, daß die Wegstrecke bereits in Besitz genommen sey, und weil es bey der Besitzergreifung auf den Zweck derselben durchaus nicht ankommt.

Daß man aber wirklich dingliche Rechte gegen den Eigenthümer auf dessen eigenthümliche Sachen erwerben könne, erhellet daraus, weil der Eigenthümer nicht nur allein seine ganze eigenthümliche Sache, sondern auch einzelne Theile derselben, und einzelne aus dem Eigenthumsrechte hervortretende Rechte aus seiner Rechtssphäre ausscheiden, und in die Rechtssphäre eines Anderen übertragen kann. Denn der Eigenthümer ist vermöge seines Eigenthumsrechtes befugt, jed' möglich' rechtlichen Zweck, folglich auch den der Uebertragung in die Rechtssphäre eines Andern mit dessen Einwilligung zu realisiren.

Hat der Eigenthümer auf rechtsgültige Art sein Eigenthumsrecht auf die ganze Sache an einen Andern übertragen, so hört nothwendig sein Dispositionsrecht auf die Sache ganz auf, eben so wenig kann sich dasselbe auf jene Theile der Sache mehr erstrecken, welche dem Andern eigenthümlich überlassen worden sind.

Hat er aber einzelne, als Ausfluß des Eigenthumsrechtes hervortretende Rechte dritten Personen überlassen, so wird er in seinem Dispositionsrechte nach Maßgabe dieser übertragenen Rechte beschränkt; d. h. er darf alles dasjenige, was er vermöge seines Eigenthumsrechtes zu thun berechtiget wäre, nicht mehr unternehmen, insoferne dadurch diese dritten Personen in der Ausübung der ihnen überlassenen Rechte beeinträchtiget würden.

Es gehört unter die aus dem Eigenthumsrechte hervortretenden Rechte auch das Veräußerungsrecht. Dieses Recht aber

tritt der Eigenthümer bedingt demjenigen ab, welchem er seine eigenthümliche Sache verpfändet; denn er räumt dem Pfandgläubiger das Recht ein, die verpfändete Sache veräußern zu lassen, und sich aus dem Erlöse zu befriedigen, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllet wird, und da die Realisirung des dem Pfandgläubiger eingeräumten Rechtes davon abhängt, daß die Pfandsache in jenem Werthe erhalten werde, bey welchem die volle Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Erlöse für das Pfandstück denkbar ist; so folgt daraus, daß der Verpfänder — Eigenthümer des Pfandgutes — nichts unternehmen dürfe, wodurch er den Werth des Pfandgutes vermindert.

Dieser schon in der Natur der Sache liegende Rechtsgrundsatz ist auch in den positiven Gesetzesvorschriften gegründet; denn der §. 364 des b. G. B. sagt ausdrücklich: Die Ausübung des Eigenthumsrechtes finde nur insofern Statt, als dadurch nicht in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht.

In Anwendung des hier aufgestellten Grundsatzes auf die Frage: ob der Eigenthümer eines mit Pfandrechten belasteten unbeweglichen Gutes dasselbe mit Dienstbarkeiten beschweren dürfe, ergibt sich als Resultat, daß der Eigenthümer nur mit Beystimmung der intabulirten Gläubiger Jemanden eine Servitut einräumen dürfe.

Jede Ueberlassung einer Dienstbarkeit ist eine theilweise Veräußerung; denn die Veräußerung ist die Uebertragung eines zuständigen Rechtes aus der Rechtssphäre Eines in die Rechtssphäre eines Andern. Wenn daher was immer für ein, dem Eigenthümer zustehendes Recht an einen Andern übertragen wird, was bey jeder Servitutsbestellung der Fall ist; ist eine Veräußerung vorgegangen. Der Eigenthümer kann von den vielen, aus seinem Benutzungsrechte hervortretenden Rechten das eine oder das andere für seine Person aufgeben, und auf einen Andern übertragen, wodurch diesem entweder Geboths-, Verboths- oder Gestattungsrechte eingeräumt werden; aber nach Maßgabe, als der Eigenthümer eines oder mehrere aus

seinem Eigenthumsrechte fließenden Rechte an andere Personen überläßt, wird der Werth seines Eigenthumes vermindert, welcher in dem geraden Verhältnisse mit dem Inbegriffe der Nutzungsrechte steht, und die intabulirten Gläubiger werden in eben dem Maße an ihrer Sicherheit gefährdet, als der Werth des Pfandgutes durch Verleihung von Dienstbarkeiten vermindert wird. Der Eigenthümer würde daher durch Einräumung von Servituten in die Rechte der Pfandgläubiger einen Eingriff thun, was ihm aber nach §. 364 des b. G. B. nicht gestattet ist.

Die gänzliche Veräußerung des verpfändeten Gutes ist jedem Eigenthümer gestattet, weil das Pfandrecht als ein dingliches Recht auf der Sache selbst haftet, und daher auf jeden Besitzesnachfolger übergeht; allein eine theilweise Veräußerung, wozu offenbar auch die Verleihung von Dienstbarkeiten gehört, ist ohne Beystimmung der intabulirten Gläubiger schon durch das höchste Normale vom 29. October 1753, das Hofdecret vom 16. August 1805, und das Patent vom 1. September 1798 untersagt und als ungültig erklärt, weil eine solche theilweise Veräußerung den Werth des Pfandes vermindert, und daher die Rechte der intabulirten Gläubiger gefährdet.

Da, wo Landtafeln, Stadt- und Grundbücher bestehen, weiset nur der Tafelstand den Umfang des bürgerlichen Besitzes, und die Beschränkungen des Eigenthümers aus.

Hat nun ein Gläubiger sich mit seiner Forderung auf die, durch keine Servitut belastete Realität intabuliren lassen, so hat er aus dem Tafelstande entnommen, daß der Eigenthümer dießfalls unbeschränkt sey, und daß ihm daher alle, dem Eigenthümer Kraft seines Eigenthumsrechtes zustehenden Rechte auf die Sache verpfändet seyen; er ist daher auch, wenn sein Pfandrecht in Wirksamkeit tritt, d. h. wenn der Gläubiger wegen nicht zur gehörigen Zeit erfüllter Verbindlichkeit, aus der Pfandsache seine Befriedigung sucht, berechtiget, das Pfandgut mit allen, einem unbeschränkten Eigenthümer zu-

stehenden Rechten zur Versteigerung zu bringen, und es kann von ihm nicht gefordert werden, daß das später eingetragene Dienstbarkeitsrecht als eine bleibende Last mit der Realität verbunden, auch im Executions-Wege zum Nachtheile des früher intabulirten Gläubigers auf der Realität zu bleiben habe, folglich die Realität mit dieser Last versteigert werden müsse.

Daher behauptet Herr Präsident v. Drdacki in seiner Abhandlung über die Servituten in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit II. Heft vom Februar 1834, Seite 122, mit Recht, daß, wenn der Werth der dienstbaren Realität zur Zeit der bestellten Servitut durch die darauf haftenden Lasten bereits erschöpft war, dem Eigenthümer nichts mehr übrig bleibe, was er hätte veräußern oder belasten können.

Will der Servitutsberechtigte ganz sicher seyn, daß sein Dienstbarkeitsrecht als eine bleibende Last auf die Realität eingetragen werde; so ist es nothwendig, daß er die Einwilligung der bereits früher intabulirten Gläubiger nachsuche, und daß auch diese Beystimmung zu seiner Sicherheit ingrossirt werde.

Wenn eine solche Bewilligung nicht vorliegt, kann zwar die Intabulation oder Pränotation der Dienstbarkeit bewilliget werden, allein der Servitutsberechtigte muß es sich gefallen lassen, daß das dienende Gut im Executionswege ohne Rücksicht auf die Dienstbarkeit versteigert werde. Man dürfte zwar dieser Behauptung sowohl das Hofdecret vom 19. July 1792, Nr. 33, als auch den §. 458 des b. G. B. entgegensetzen, und aus diesen Gesetzen die Schlußfolgerung ziehen wollen, daß es nicht angehe, die Realität, wenn auch vor dem Servitutsberechtigten Gläubiger intabulirt seyen, ohne Rücksicht auf die Dienstbarkeit im Executionswege zu veräußern, weil nach obigem Hofdecrete Servituten bey ausgebrochenem Concurse nur anzumelden und zu liquidiren, nicht aber zu classificiren sind, und weil, wenn das Recht der Dienstbarkeit für liquid erkannt ist, der Berechtigte bey seinem Servitutsrechte zu belassen, folglich die Realität mit der Last der Dienstbarkeit zu versteigern ist, den früher intabu-

lirten Gläubigern aber nach §. 458 des b. G. B. nur das Recht zustehe, ein anderes Pfand zu verlangen, wenn durch die Ertheilung von Dienstbarkeiten das bestehende Pfand unzulänglich geworden sey.

Allein das genannte Hofdecret ist, insoweit dasselbe mit dem Landtafelpatente und der Landtafel-Instruction vom 2. April 1794 im Widerspruche steht, durch diese letzteren Gesetze aufgehoben, weil das spätere Gesetz dem frühern derogirt. Nun heißt es in der genannten Landtafel-Instruction §. 39: „Die Vormerkung einer Dienstbarkeit, womit ein Gut oder ein landtäfliches Recht behaftet wird, ist dergestalt vorzunehmen, daß erstgemeldte Verbindlichkeit, und respective das onus reale einen eigenen Nummer in dem Hauptbuche bekomme, auch diese Haftung in dem Contracte angeführt, am Rande aber nichts ausgeworfen werde."

Nun bestimmen aber die Nummern des Hauptbuches in der Rubrik: „Belastung" sowohl nach dem Landtafelpatente §. 15, als nach den Grundbuchspatenten die Tafelordnung, also den Vorrang, und in Folge dessen kann die der Ordnung nach eingetragene Servitut durch die Vormerkung oder Intabulation nur insoweit als gesichert erscheinen, als die früher intabulirten Gläubiger mit ihren versicherten Forderungen befriediget sind.

Diese Rangordnung ist nicht nur allein in dem Geiste des ganzen Hypothekenwesens, welches die Aufrechthaltung des Credites bezwecket, gegründet, sondern steht auch mit dem §. 364 des b. G. B. in der engsten Verbindung, nach welchem zum Abbruche früher erworbener Rechte keine Disposition Statt findet.

Würde nach dem obigen Hofdecrete die mit der Servitut belastete Realität, falls die Dienstbarkeit für liquid, d. i. für richtig bestehend nachgewiesen wäre, auf jeden Fall mit der Last der Servitut versteigert, und der Servitutsberechtigte in dem Besitze seines Rechtes belassen werden müssen: so wäre dadurch das in den Landtafel- und Grundbuchssachen angeord-

nete Vorrecht allerdings gestört; denn die früher intabulirten Gläubiger müßten sich den Verkauf ihres Pfandgutes mit der Last der Servitut auch dann gefallen lassen, wenn sie gleich dadurch mit ihren versicherten Forderungen unbefriediget blieben.

Es seyen auf der Realität des A am ersten und zweyten Satze 10,000 fl. C. M. intabulirt, am dritten Satze stehe der B mit der Dienstbarkeit der Viehweide und des Holzungsrechtes. Die Realität wäre ohne Rücksicht auf die Servitut auf 12,000 fl., mit Rücksicht auf selbe aber nur auf 6000 fl. C. M. geschätzt, und auch nur um diesen Werth bey der ersten Versteigerung hindangegeben worden; so folgt daraus, daß die, vor der Servitut intabulirten Gläubiger wegen dieser später eingetragenen Last einen großen Theil ihrer Forderung verlieren müßten. Würde ihnen nicht offenbar unrecht geschehen, und was müßte man von einem Hypothekenwesen sagen, welches zu einer solchen Unsicherheit der Rechte die Hand böthe?

Da also das obige Hofdecret durch die nachgefolgten Landtafel- und Grundbuchsgesetze, insoweit selbes mit diesen im Widerspruche steht, als aufgehoben erscheint: so folgt daraus, daß das mit einer Dienstbarkeit belastete Gut nur damahls mit dieser Last nach dem genannten Hofdecrete zu versteigern komme, wenn entweder vor dieser Servitut keine Gläubiger intabulirt sind, oder die früher intabulirten Gläubiger zur Eintragung der Dienstbarkeit ihre Beystimmung, oder, wenn dieses nicht der Fall war, vor der Versteigerung dahin ihre Einwilligung gegeben haben, daß die Realität mit der Last der Servitut versteigert werden dürfe; denn in dem ersten Falle hat kein Gläubiger vor der Dienstbarkeit ein Vorrecht, es kann daher das angeführte Hofdecret mit der in den Landtafel- und Grundbuchsgesetzen angeordneten Rangordnung nicht im Widerspruche stehen, in dem zweyten und dritten Falle aber begeben sich die früher intabulirten Gläubiger freywillig ihres Vorrechtes, es kann also von einer Beeinträchtigung keine Rede seyn.

Herr Präsident v. Drdacki[1]) antwortet auf die Frage: ob die Last der Servitut in jedem Falle, ohne Ausnahme auf der dienstbaren Sache haftend belassen, und von dem Käufer übernommen werden müsse? — es komme darauf an, ob der zu Geld angeschlagene Werth der Servitut sammt den vorhergehenden Lasten in dem Verkaufspreise der dienstbaren Realität nach seinem ganzen Betrage vollständig eintritt, oder nicht. In dem ersten Falle müsse der Werthbetrag der Servitut von dem Käufer übernommen werden, in dem zweyten Falle bleibe dem Servitutswerber kein anderes Recht, als den Werth der Servitut in der Eigenschaft des Schadenersatzes zu liquidiren, und die Classificirung desselben zu verlangen.

In dieser Behauptung mag viel Wahres liegen, allein die praktische Ausführbarkeit dürfte mit Recht in Zweifel gezogen werden. Wie kann man in Voraus bestimmen, ob der in Geld angeschlagene Werth der Servitut mit Inbegriff der, dieser vorhergehenden Lasten in dem Kaufspreise vollständig begriffen sey: dieses müßte schon bey der Schätzung ausgemittelt werden; allein die tägliche Erfahrung lehrt, daß der Schätzungswerth mit dem Kaufspreise nicht durchgängig identisch sey, denn nicht selten wird kaum die Hälfte des Schätzungswerthes bey der öffentlichen Versteigerung errungen. Zudem müßte schon in den Licitations-Bedingungen festgesetzt seyn, ob der Ersteher die Realität mit oder ohne die Servitut zu übernehmen habe; denn, da die Dienstbarkeit die Eigenschaft des zu erstehenden Gutes bestimmt, so muß der Ersteher wissen, ob er dasselbe frey, oder mit der Belastung erhalte, um sich mit dem Meistbothe darnach richten zu können. Würde man aber die Licitations-Bedingung dahin festsetzen, daß der Ersteher in dem Falle, als die Servitut in dem Kaufspreise, mit Inbegriff der vorher darauf haftenden Lasten enthalten wäre, diese als bleibende Last übernehmen müßte, so würden wahrscheinlich mehrere Kauflustige, durch diese Bedingung ab-

---

[1]) Siehe die österreichische Zeitschrift, Heft II. 1834, S. 122.

geschreckt, nicht mitsteigern, und es könnte dadurch die Realität um einen viel geringeren Preis verkauft, und daher vielleicht die vorher darauf versicherten Gläubiger verkürzt werden.

Aus diesem Grunde hätte diese Bedingung, wenn auch nur Ein früher intabulirter Gläubiger dagegen protestirte, nicht Statt, weil jeder derselben zu fordern berechtiget ist, daß das ihm als frey verpfändete Gut, auch als frey, d. i. ohne die Last der Servitut zum Zwecke seiner Befriedigung veräußert werde.

Auch der §. 458 des b. G. B. steht der aufgestellten Behauptung nicht entgegen. Derselbe bestimmt zwar: „Wenn der Werth eines Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers, oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend gefunden wird; so ist der Gläubiger berechtiget, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern." Allein

1.) spricht dieser Paragraph offenbar nur von jenen Handlungen des Besitzers, wodurch der Werth des Pfandes, ohne daß ein Recht des Eigenthums auf einen Dritten übertragen wird, dergestalt vermindert wird, daß dasselbe die gehörige Sicherheit nicht mehr gewähret, z. B. wenn der Eigenthümer den verpfändeten Wald aushauet; die Gründe veröden, oder die verpfändeten Gebäude verfallen läßt.

Daß in diesem Paragraphe nur von solchen Handlungen und Unterlassungen, keineswegs aber von Veräußerungen von Rechten die Rede seyn könne, erhellet vorzüglich daraus, weil von der Veräußerung des Pfandes von Seite des Schuldners in dem §. 466 gehandelt wird, daher in dem §. 458 um so weniger von einer theilweisen Veräußerung eine Rede seyn kann, weil von derselben das Nämliche gelten müßte, was von der Veräußerung des ganzen Pfandes in dem §. 466 des b. G. B. vorgeschrieben wurde. Das Pfandrecht ist nach §. 447 des b. G. B. ein dingliches, daher gegen jeden Besitzer des Pfandstückes wirkendes Recht. So wie der Pfandgläubi-

ger im Falle der zur festgesetzten Zeit nicht geschehenen Erfüllung der Verbindlichkeit das Recht hat, aus der ganzen, ihm verpfändeten Sache seine Befriedigung zu suchen, es möge diese Pfandsache wer immer besitzen: so muß ihm auch das Recht zustehen, jedes aus der verpfändeten Sache fließende Recht zu seiner Befriedigung zu verwenden; denn was von dem Ganzen gilt, muß auch von seinen Theilen wahr seyn.

Würde man aber annehmen, der §. 458 des b. G. B. schließe nicht allein deteriorirende Handlungen und Unterlassungen, sondern auch Veräußerungen einzelner Rechte in sich, und es müßten sich die bereits früher intabulirten Gläubiger solche Veräußerungen als unbedingt gültig gefallen lassen: so würde dieser Paragraph mit dem Begriffe des Pfandrechtes, als dinglichen Rechtes, mit den §§. 447 und 466 des b. G. B. und mit den Zerstückungsverordnungen im Widerspruche stehen; eine Auslegung aber, welche mit anderen Gesetzesstellen im Widerspruche steht, kann an und für sich nicht richtig seyn.

2.) Nach §. 364 des b. G. B. findet überhaupt die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur insoferne Statt, als dadurch nicht in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht; folglich kann der Eigenthümer des Pfandgutes einem Andern nur unbeschadet der früher intabulirten Gläubiger eine Servitut auf seine Realität bewilligen. Wenn aber diese später eingetragene Servitut auch gegen diese Tabulargläubiger als eine bleibende Last müßte angesehen werden; so würde der Eigenthümer durch die Bewilligung der Eintragung der Servitut in die Rechte dieser früher eingetragenen Gläubiger einen Eingriff gemacht haben, und insoferne stände auch dieser Paragraph mit dem §. 458, wenn man ihm eine, dem aufgestellten Grundsatze widersprechende Auslegung beymessen wollte, im Widerspruche. Endlich

3.) weisen die Landtafel- und Grundbuchsgesetze klar aus, daß auch eingetragene Servituten als dingliche Lasten der Realität nur jene Sicherheit genießen, welche ihnen nach der Ordnung der Tafel gebührt, weil sie in der Rubrik: „La-

sten," nach der ihnen zuständigen Nummer eingetragen werden müssen.

Man dürfte vielleicht auch aus dem §. 1121 des b. G. B. den aufgestellten Grundsatz bestreiten und behaupten, dieser Paragraph als Ausnahme von der allgemeinen Regel bestimme allein, daß der Bestandnehmer, wenn sein Recht auch als ein dingliches Recht den öffentlichen Büchern einverleibt sey, dem Käufer bey einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung weichen müsse; woraus sich als Gegensatz ergebe, daß der Ersteher eine intabulirte Servitut, weil auf selbe diese Gesetzesanordnung nicht passe, übernehmen müsse, wornach es dann bey der Anordnung des Hofdecretes vom 19. July 1792 selbst nach dem a. b. G. B. zu verbleiben hätte.

Der §. 1121 enthält eine für sich bestehende Anordnung, und kann schon in dieser Hinsicht nicht als eine Ausnahme von einer Regel angesehen werden. In diesem Paragraphe wird kein Conflict früher intabulirter Gläubiger mit dem Bestandsberechtigten vorausgesetzt, der Bestandnehmer mag mit seinem Bestandvertrage an was immer für einem Satze, und wäre es auch am ersten Satze, intabulirt seyn: so muß er bey einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung dem Ersteher weichen, während dem die Servitut, wenn sie vor allen Gläubigern haftet, von dem Ersteher übernommen werden muß; daher findet hier der §. 1121 gar keine Anwendung, weil er sich nicht auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Bestandnehmer und den früher intabulirten Gläubigern bezieht.

Selbst wenn man annehmen wollte, dieser Paragraph habe irgend eine Beziehung auf den vorliegenden Rechtsfall, so wäre doch die Behauptung unrichtig, daß er als Ausnahme die entgegengesetzte Regel bestätige.

Der §. 7 des b. G. B. verordnet, es sey ein Rechtsfall, wenn er sich weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden lasse, aus ähnlichen, in den Gesetzen bestimmt entschiedenen Fällen, und aus den Gründen anderer damit verwandten Gesetze zu entscheiden.

Nun tritt aber gerade hier der Fall ein, daß in dem Gesetze nirgends bestimmt entschieden ist, ob bey früher intabulirten Gläubigern die Servitut als fortwährende Last zu verbleiben habe, da, wie gezeigt, das Hofdecret vom 19. July 1792 durch die spätere Landtafel-Instruction und die Landtafel- und Grundbuchsgesetze zum Theile aufgehoben wurde; es muß daher dieser Fall aus dem Zusammenhange und aus ähnlichen Gesetzesstellen entschieden werden. Was ist nun natürlicher, als die Behauptung, daß, wenn selbst intabulirte Bestandrechte bey einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung auf alle Fälle aufgehoben werden, auch Dienstbarkeiten in dem Falle nicht als dingliche Lasten verbleiben können, wenn denselben intabulirte Gläubiger vorausgehen, da besonders nach der klaren Vorschrift des §. 364 des bürgerl. Gesetzbuches der Eigenthümer des Pfandgutes zum Nachtheile der früher intabulirten Gläubiger keine Servitut bestellen konnte, jedes intabulirte Recht nur nach der Ordnung der Tafel seine Sicherheit erlanget, und daher nach dem Geiste der Landtafel- und Grundbuchsgesetze die später intabulirte Servitut den früheren Tabulargläubigern weichen muß?

Wenn nun eine intabulirte Servitut in dem Falle, daß schon früher Gläubiger intabulirt sind, doch nicht immer als fortwährende Last zu verbleiben hat, so kann man mit Grund fragen, was dann die Intabulation derselben für eine Wirkung habe?

Der Servitutsberechtigte steht rücksichtlich seiner eingetragenen Dienstbarkeit in einem doppelten Rechtsverhältnisse, in einem Rechtsverhältnisse gegen den jeweiligen Besitzer der dienstbaren Sache, und in einem Rechtsverhältnisse gegen die früher intabulirten Gläubiger.

In Beziehung auf den jeweiligen Besitzer steht ihm das Recht zu, die Servitut auszuüben, und der Besitzer darf nach §. 364 des b. G. B. nichts mehr unternehmen, wodurch die Ausübung der Servitut gestöret, oder ganz, oder zum Theile vereitelt würde, und jeder Besitzesnachfolger, welcher aus freyer

Hand in den Besitz des dienenden Gutes kommt, muß nach §. 443 des b. G. B. die Last der Servitut mit übernehmen.

Rücksichtlich der früher intabulirten Gläubiger aber steht dem Servitutsberechtigten, wenn die Ersteren nicht gestatten, daß das dienende Gut mit der Last der Servitut öffentlich versteigert werde, lediglich nach der Ordnung der Tafel das Pfandrecht auf Entschädigung zu.

Man wird zwar die Behauptung, daß dem Servitutsberechtigten ein Pfandrecht auf eine Entschädigung auch dann zustehe, wenn dieses Entschädigungsrecht nicht zugleich intabulirt ist, in Zweifel ziehen; allein dafür sprechen folgende Gründe:

1.) Durch die Verleihung der Servitut hat der Besitzer des dienenden Grundes die Verpflichtung auf sich genommen, den Servitutsberechtigten die Dienstbarkeit ausüben zu lassen, es steht daher diesem eine Forderung gegen jenen zu.

2.) Da sich der Servitutsberechtigte mit dieser seiner Forderung intabuliren ließ, so muß diese Intabulation auch irgend eine Wirkung haben. Diese besteht nun entweder darin, daß sein Servitutsrecht auf jeden Besitzer des dienenden Grundes als eine bleibende Last übergeht, oder daß sich der Berechtigte des allfälligen Schadens wegen, wenn aus Schuld des Besitzers die Servitut nicht mehr ausgeübt werden kann, aus dem dienstbaren Gute selbst erhole. Ein solches Verschulden von Seite des Besitzers tritt aber ein, wenn er die intabulirten Gläubiger zur gehörigen Zeit nicht befriediget, und dadurch verursachet, daß das dienende Gut im Executionswege versteigert werden muß, wornach also, wenn früher Gläubiger intabulirt sind, die Ausübung der Servitut gegen den Ersteher unausübbar wird. Daß aber der Servitutsberechtigte aus der Intabulation der Dienstbarkeit berechtiget werde, aus dem Gute selbst seine Entschädigung zu suchen, gehet

3.) aus den Landtafel- und Grundbuchsgesetzen hervor; denn würde die Eintragung der Servitut nicht auch zugleich ein Pfandrecht hinsichtlich der Entschädigung bewirken, so

ließe sich nicht absehen, warum Servituten unter den Lasten nach der Ordnung der Tafel eingetragen werden müssen.

4.) Von der Eintragung der Bestandverträge und der Dienstbarkeiten wird in der Landtafel-Instruction in einem und demselben §. 39 gesprochen, es muß also die Eintragung der Servituten auch jene Wirkung haben, welche das Gesetz den eingetragenen Bestandverträgen zuspricht. Nun bestimmt aber der §. 1121 des b. G. B., daß, obgleich der intabulirte Bestandnehmer bey einer nothwendigen gerichtlichen Versteigerung dem neuen Käufer weichen muß, ihm in Rücksicht der Entschädigung sein Vorzugsrecht — was hier kein anderes, als das Pfandrecht seyn kann — vorbehalten bleibe. Da also den intabulirten Bestandverträgen rücksichtlich der Entschädigung ein Pfandrecht gebühret, so muß dieses auch den intabulirten Servituten um so mehr zustehen, als

5.) jede Intabulation eines Rechtes zur Sicherheit desselben vorgenommen wird, die Sicherheit aber nur darin besteht, daß entweder das Recht selbst ausgeübt werden könne, oder daß man dafür den Werth desselben, d. i. die Entschädigung, erhalte. Wer würde wohl zweifeln, ob, wenn Jemand seine Kaufsrechte intabuliren läßt, er aus dem Werthe des Gutes seine Entschädigung erhalten müsse, wenn der abgeschlossene Kauf aus Verschulden des Verkäufers nicht realisirt werden kann, weil nicht insbesondere das Entschädigungsrecht intabulirt ist? Dieses Entschädigungsrecht ist ja selbst ein Theil des im Allgemeinen versicherten Rechtes.

Da demnach der Servitutsberechtigte in rechtlicher Beziehung zu den früher intabulirten Gläubigern nicht fordern kann, daß im Executions- oder Concurs-Wege die dienstbare Realität mit der Last der Dienstbarkeit versteigert werde: so ergibt sich daraus die Folge, daß die Dienstbarkeit gegen Erlag des ganzen Meistbothes eben so, wie jede andere Forderung extabulirt werden müsse, und daß der Servitutsberechtigte lediglich sein Entschädigungsrecht in Bezug der verlornen Dienstbarkeit in Anspruch zu nehmen habe, welche Entschädigung

über vorher ausgemittelten Entschädigungsbetrag in Folge des der Dienstbarkeit zustehenden Pfandrechtes aus dem Meistbothe, insoweit derselbe durch die vorausgehenden Posten nicht erschöpfet wird, in Abzug zu bringen ist.

Der intabulirte Servitutsberechtigte muß sich aber auch mit der auf ihn entfallenden Entschädigung begnügen, wenn die voraus intabulirten Gläubiger nicht gestatten, daß das Pfandgut mit der Last der Dienstbarkeit versteigert werde; denn zur Zeit, als er mit seinem Servitutsrechte in die Tafel einverleibt wurde, hat er aus derselben bereits ersehen, daß das dienende Gut schon verpfändet sey, er mußte daher auch wissen, daß sein Dienstbarkeitsrecht nur jene Sicherheit genieße, welche ihm nach der Ordnung der Tafel zustehe, und daß er durch sein nachträglich eingetragenes Servitutsrecht schon früher erworbene Rechte nicht beeinträchtigen dürfe, folglich nicht fordern könne, daß zum Nachtheile der bereits eingetragenen Gläubiger die Pfandrealität mit der Last der Servitut veräußert werde; er mußte daher auch wissen, daß ihm für den Fall, als die Versteigerung mit der Last der Dienstbarkeit nicht gestattet würde, der Meistbiether dieselbe nicht zu übernehmen habe, daß daher dieselbe, wie jede andere Last wieder extabulirt werden, und er sich lediglich mit dem auf diese Post entfallenden Entschädigungsbetrage begnügen müsse, und zwar um so mehr, als ihm aus dem §. 364 des b. G. B. und den bestehenden Zerstückungsverordnungen bekannt seyn mußte, daß der Eigenthümer des dienenden Gutes ohne Beystimmung der bereits intabulirten Gläubiger gar nicht berechtiget war, eine Servitut rechtsgültig zu bestellen. Er kann sich daher eben so wenig über Unrecht beschweren, als derjenige Gläubiger dazu Ursache hat, welcher sich auf einem unsicheren Satze intabuliren ließ, und bey der Meistbothsvertheilung aus diesem Grunde mit einem Theile seiner Forderung durchfällt.

Man dürfte behaupten, daß, wenn gleich die früher intabulirten Gläubiger durch die später eingetragene Servitut an ihren Pfandrechten nicht leiden können, und daher die Pfand-

realität, falls ein Schade für diese zu besorgen wäre, ohne die Last der Servitut versteigert werden müßte, die früher intabulirten Gläubiger doch in dem Falle sich die Veräußerung der Pfandrealität mit der Last der Dienstbarkeit gefallen lassen müßten, wenn aus dem Schätzungswerthe ersichtlich wäre, daß sie dessen ungeachtet mit ihren Forderungen gänzlich befriediget werden. Allein

1.) kann in der Regel Niemand für die Größe des zu erzielenden Meistbothes gutstehen. Die Erfahrung hat es genug gezeigt, daß die, den Versteigerungen vorausgegangenen Schätzungen nur zu oft kein gültiger Maßstab des zu erringenden Preises waren. Gerade die Dienstbarkeit kann Ursache seyn, daß die Realität unter der Hälfte ihres eigenthümlichen Werthes hindangegeben werden muß. Man wird freylich vorschlagen, man könne zuerst die Realität mit der Servitut ausrufen, und erst dann, wenn der hinlängliche Meistboth so nicht erzielt werde, dieselbe ohne Rücksicht auf die Dienstbarkeit versteigern. Allein wie ließe sich hier mit Sicherheit beurtheilen, daß nun die vorhergehenden Gläubiger gedeckt seyen, da man vor einer Meistbothsvertheilung nicht weiß, welche Posten vor den intabulirten Gläubigern aus dem Meistbothe befriediget werden müssen, und wie groß der Betrag der Interessen sey, welche mit dem Capitale gleiches Recht haben? Es muß daher

2.) ein für allemahl die Beurtheilung der Sicherheit dem Gläubiger allein heimgestellt bleiben, man kann ihm die Meinung, daß er sicher sey, rechtlich nicht aufdringen. Nur durch seine eigene Einwilligung zur Verleihung der Servitut spricht er sich aus, daß er auch bey dem Vorhandenseyn derselben für seine Forderung noch Sicherheit genug finde.

Dieser hier ausgesprochene Grundsatz ist auch

3.) in der Gerichtspraxis und in dem Gesetze anerkannt; denn wenn Jemand mit seiner Forderung auf mehrere Realitäten simultan intabulirt ist, wer würde den Gläubiger zwingen können, seine Forderung von der einen oder anderen Realität

extabuliren zu lassen, weil er auf den übrigen Pfandkörpern noch Sicherheit genug finde?

4.) Auch bestimmen die, über Zerstückungen erlassenen Patente und Verordnungen, als das Normale vom 29. October 1753, das Patent vom 1. September 1798, und das Hofdecret vom 16. August 1805 durchaus nicht, daß sich ein Gläubiger aus dem Grunde die Zerstückung müsse gefallen lassen, weil ihm vorgeblich noch Sicherheit für seine Forderung genug bleibe.

Indessen ist es eben so gewiß, daß die vor der Servitut intabulirten Gläubiger freywillig ihre Beystimmung geben können, daß die Pfandrealität mit der Last der Servitut veräußert werden dürfe, in welchem zweyten Falle die Dienstbarkeit als eine bleibende Last auf der Realität auch bey executiven Feilbiethungen und bey Veräußerungen im Concurswege verbleibet, ohne daß sich darüber die später intabulirten Gläubiger beschweren könnten; denn diese hatten die Dienstbarkeit in dem öffentlichen Buche schon gesehen, und müssen selbe rücksichtlich ihrer Forderungen als eine bleibende Last respectiren.

Wenn ein früher intabulirter Gläubiger in die Versteigerung des Pfandgutes mit der Last der Dienstbarkeit nicht einwilliget, kann seine Einwilligung nur dadurch entbehrlich gemacht werden, wenn entweder der Servitutsberechtigte die Forderung, wegen welcher die Versteigerung vorgenommen werden soll, nach §. 462 d. b. G. B. an sich löset, wodurch dann die Versteigerung ohnehin unterbleibt, oder wenn die Forderung des dissentirenden Gläubigers nach §. 1422 des b. G. B. mit Zustimmung des Schuldners an jenen bezahlt wird; denn in diesen beyden Fällen leidet der dissentirende Gläubiger keinen Schaden, folglich tritt keine Beeinträchtigung seines Sicherheitsrechtes ein.

Aus dieser Darstellung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Servitutsberechtigten und den intabulirten Gläubigern ergeben sich für die Gerichtspraxis mehrere Maßregeln, und zwar:

a) In Betreff des Servitutsberechtigten, wenn das dienende Gut in die Concursverhandlung fällt;

b) In Betreff der gerichtlichen Schätzungen des dienstbaren Gutes im Executions- oder Concurs-Wege;

c) Hinsichtlich der Classification der Dienstbarkeiten bey Concursen;

d) In Bezug des Verfahrens vor der Versteigerung eines mit Dienstbarkeiten belasteten Gutes, und

e) Rücksichtlich der Ausmittelung der Entschädigung, wenn das Gut ohne die Last der Servitut versteigert wurde.

Ad a) Wenn das dienstbare Gut in die Concursverhandlung kommt, muß der Servitutsberechtigte selbst nach dem Hofdecrete vom 19. July 1792, Nr. 33, die Dienstbarkeit anmelden und liquidiren. Diese Servitut ist dann entweder in dem öffentlichen Buche als dingliches Recht eingetragen, oder selbe ist nicht eingetragen. In dem letzteren Falle ist sie ein bloß persönliches Recht, und eigentlich im strengsten Sinne des Wortes — §. 472 des G. B. — keine Dienstbarkeit. Der Berechtigte wird zwar sein Recht anmelden und liquidiren, weil es aber auf der Realität nicht haftet, so kann es auch als Dienstbarkeit nicht bestehen, und der Anmelder hat nur auf eine Entschädigung aus dem Vermögen des Cridatars einen Anspruch, muß daher im Liquidirungswege den Ersatzesanspruch gerichtsordnungsmäßig erweisen, und um Versetzung desselben in die vierte Classe bitten.

In dem ersteren Falle kommt es darauf an, ob seine Servitut vor allen Gläubigern intabulirt ist, oder ob die bereits intabulirten Gläubiger die Beystimmung zur Servitutsbestellung gegeben haben. Ist das Eine oder das Andere nachgewiesen, so hat der Servitutsberechtigte sein Begehren lediglich dahin zu stellen: sein Servitutsrecht sey liquid, und es tritt dann das Hofdecret vom 19. July 1792 in volle Wirksamkeit.

Sind aber früher intabulirte Gläubiger vorhanden, welche zum Bestande der Dienstbarkeit ihre Beystimmung nicht gegeben haben, so genügt die bloße Liquidirung des Servitutsrech-

tes nicht, sondern der Berechtigte muß auch für den Fall, als die Realität über Einspruch der früher intabulirten Gläubiger nicht mit der Last der Dienstbarkeit versteigert würde, den Ersatz nachweisen, die alternative Liquiderkennung, und rücksichtlich des Ersatzes um Versetzung in die zweyte, und in subsidium in die vierte Classe bitten, wobey es sich von selbst versteht, daß sich der Betrag des Ersatzes nach dem, durch das Aufhören der Servitut dem Berechtigten erweislich zugegangenen Nachtheile richte.

Besteht die Servitut in einem bereits vergangenen Acte, dessen Wirkung aber noch fortdauernd ist, und welche bey Besichtigung der dienstbaren Sache in die Augen fällt, z. B. bey einem Gebäude die Servitus oneris ferendi, tigni immittendi etc., so benöthiget man für selbe nicht einmahl eine Anmeldung, sie besteht mit der Sache fort, und jeder Ersteher übernimmt selbe, ohne daß sie dem öffentlichen Buche einverleibt ist [1]).

Ad b) Wenn ein Gut im Executions- oder Concurs-Wege geschätzt wird, welches mit einer Dienstbarkeit belastet ist, was der Schätzungscommissär aus den ohnehin sich jederzeit zu verschaffenden Landtafel- oder Grundbuchs-Extracten ersieht; so muß immer eine doppelte Schätzung vorgenommen, es muß nämlich zuerst die Realität mit der Last der Servitut, und dann ohne diese Last bewerthet werden.

Man wird zwar einwenden, daß in dem Falle, wenn die Dienstbarkeit vor allen Gläubigern eingetragen erscheint, offenbar nur Eine Schätzung, nämlich die mit der Last der Servitut Statt finde, weil hier nach dem Hofdecrete vom 19. July 1792 die Realität mit der Last der Dienstbarkeit zu versteigern komme.

---

1) Die Beweisführung über diesen hier aufgeführten Satz erscheint hier überflüssig, weil Herr Professor Schuster in seinem Baurechte vom Jahre 1819, §. 161 — 163, S. 375, denselben zur vollen Ueberzeugung bewiesen hat, worauf sich in dieser Abhandlung berufen wird.

Allein eben dieses Hofdecret weiset den Servitutsberechtigten auch an, sein Dienstbarkeitsrecht zu liquidiren. Der bloße Umstand, daß die Dienstbarkeit in der Tafel eingetragen ist, bestimmt keineswegs das wirkliche Bestehen des Rechtes, und der Servitutsansprecher würde seines Rechtes verlustig, wenn er dasselbe zu liquidiren nicht im Stande wäre. Bestände nun die Dienstbarkeit nicht, und die Schätzung wäre nur mit Rücksichtnahme auf dieselbe vorgenommen worden, so könnte die Versteigerung gar nicht Statt finden, weil der Ersteher die Last der Servitut nicht zu übernehmen hat, folglich die Ausrufung nach dem Werthe der Realität ohne Last der Servitut vorgenommen werden müßte, welcher aber in dem gegebenen Falle gar nicht erhoben erscheint.

Sind schon vor der Dienstbarkeit Gläubiger intabulirt, so muß aus dem Grunde eine doppelte Schätzung vorgenommen werden, weil man zur Zeit der Schätzung noch nicht wissen kann, ob diese früher intabulirten Gläubiger nicht dahin einwilligen, daß das Gut mit der Last der Servitut versteigert werden dürfe, oder ob den dissentirenden Gläubigern nicht volle Schadloshaltung verschafft, oder die Forderungen derselben nach den §§. 462 und 1422 des b. G. B. eingelöset werden.

Herr Präsident v. Drbacki[1]) schlägt vor, daß jede auf der zu schätzenden Realität haftende Servitut insbesondere abgeschätzt werden soll. Die Schätzung zeige den Werth, und den wahrscheinlichen Verkaufspreis der Realität, und die Partey sey in der Lage, zu beurtheilen, ob der Werth der Servitut in dem Verkaufspreise offenbar eintreten werde, oder ob dieser wesentliche Umstand zweifelhaft sey. In dem ersten Falle könne der Liquidirende sein Recht mit dem Begehren anmelden, daß die ihm zustehende Servitut als ein auf der Realität fortan haftendes Recht für liquid erkannt werde.

Hierüber wäre Folgendes zu erinnern, und zwar betreffend den Vorschlag, daß jede Servitut besonders abgeschätzt

[1]) Siehe die österreichische Zeitschrift, Februar 1834, Heft II., S. 123.

werden soll, wäre einzuwenden, daß dabey vorausgesetzt werde, daß die Realität selbst ohne Rücksicht auf die Dienstbarkeit geschätzt werden soll, denn sonst könnte der Werth der Servitut weder in dem Schätzungswerthe, noch in dem Kaufspreise enthalten seyn; allein bey einer solchen Schätzung erzielt man nur Einen Ausrufspreis, nämlich den, ohne Rücksicht der Servitut. Wenn aber die Realität mit der Last der Dienstbarkeit versteigert werden müßte, wäre kein Ausrufspreis vorhanden.

Man könnte zwar dagegen einwenden, daß in den Licitations-Bedingungen der Umstand aufgenommen werden könne, daß die Realität mit der Servitut übernommen werden müsse, allein in diesem Falle wird vielleicht Niemand den Schätzungswerth biethen, eben weil der Ausrufspreis nicht den wahren Schätzungswerth enthält; da aber die Realität bey der ersten und zweyten Feilbiethung unter dem Schätzungswerthe nicht hindangegeben werden darf, so ist der Richter gar nicht in der Lage, zu beurtheilen, ob der wahre Schätzungswerth, nämlich mit Berücksichtigung der Last der Servitut, angebothen worden sey oder nicht.

Wollte man aber behaupten, der Werth der Realität mit der Last der Servituten sey gleich dem ganzen Werthe, weniger dem Werthe aller darauf haftenden Servituten, so müßte die Richtigkeit dieser Behauptung widersprochen werden; denn es ist offenbar unrichtig, daß mit Nothwendigkeit der Werth des dienenden Gutes durch die Servitut gerade so viel am Werthe verliert, als das herrschende Gut dadurch an seinem Werthe gewinnt. Z. B. die servitus aquae ductus wird dem dienenden Gute wenig Schaden bringen, weil nur der kleine Raum, den der Kanal oder Graben einnimmt, der Benützung entgeht; hingegen wäre das herrschende Gut, z. B. eine Mühle, ohne diese Servitut gänzlich unbrauchbar.

Auch die letztere Behauptung des Herrn Präsidenten unterliegt gegründeten Bedenklichkeiten. Der Umstand, daß die Servitut in dem Kaufspreise offenbar enthalten ist, mag wohl den früher intabulirten Gläubigern als Beweggrund dienen, in

die Veräußerung des Gutes mit der Last der Servitut zu willigen; aber ein rechtlicher Zwang wird auch dazu nicht eintreten können, wenn nicht mit Beystimmung dieser Gläubiger die volle Schadloshaltung geleistet, oder die Forderung des sich weigernden Gläubigers eingelöset wird, weil man vor der Versteigerung mit Bestimmtheit gar nie behaupten kann, die Dienstbarkeit sey mit Inbegriff der vorher darauf haftenden Posten, und allenfalls der Forderungen aus der ersten Classe in dem Kaufspreise offenbar enthalten.

Ad c) Der vorausgegangenen Darstellung zu Folge hat das Hofdecret vom 19. July 1792 dergestalt, daß liquidirte Servituten kein Gegenstand einer Classification seyen, nicht durchaus seine volle Wirkung; denn Servituten, als bloß persönliche Rechte, gehen bey Concursen nur in eine Entschädigungsforderung aus dem Vermögen des Cridatars über, und Entschädigungsforderungen unterliegen allerdings einer Classification. Sind aber Servitutsrechte wirklich intabulirt, so sind rücksichtlich derselben, da man bey Schöpfung des Classifications-Urtheiles meistens noch nicht weiß, ob die Servituten als bleibende Lasten mit dem Gute versteigert werden, oder nicht, bey der Classification folgende Regeln zu beobachten:

1.) Ist die Servitut vor allen Gläubigern eingetragen, oder haben die vorausgehenden Gläubiger in die Bestellung der Dienstbarkeit gewilliget, so kann von einer Classification derselben keine Rede seyn. Haben aber die vorausgehenden Gläubiger ihre Einwilligung nicht gegeben, und ist das dienende Gut noch nicht zur Versteigerung gebracht; so wird das Servitutsrecht bedingt in die zweyte Classe der Hypothekargläubiger gesetzt, nämlich für den Fall, als dasselbe nicht auf dem dienenden Gute als perpetuirliche Last zu verbleiben hätte, und als dem Servitutsberechtigten aus derselben ein Entschädigungsrecht zustände, welches allerdings in die zweyte Classe der Special-Hypothekargläubiger gehört, weil das Servitutsrecht, wie früher erwiesen wurde, durch die Intabulation auch rücksichtlich des Entschädigungsbetrages gesichert ist.

2.) Ist aber das dienende Gut bereits mit oder ohne Last der Dienstbarkeit versteigert worden, so tritt natürlich in dem ersten Falle keine, in dem letzteren Falle aber die unbedingte Classification des Entschädigungsanspruches ein.

Was wäre aber Rechtens, wenn der Servitutsberechtigte bey der Anmeldung lediglich das Servitutsrecht als liquid behauptet hätte, ohne daß in der Anmeldungsklage von einer Entschädigung die Rede war, zur Zeit der Schöpfung des Classifications-Urtheiles aber noch nicht ausgemacht wäre, ob die Servitut auf der Realität zu verbleiben habe? — oder, wenn das dienende Gut bereits ohne Last der Servitut versteigert wurde?

Auch in diesem Falle scheint es, daß das liquidirte Dienstbarkeitsrecht allerdings, und zwar in dem ersten Falle bedingt, und in dem zweyten unbedingt mit dem allfällig zu erweisenden Entschädigungsrechte classificirt werden müsse.

Man dürfte zwar dagegen einwenden, der Gläubiger, welcher nicht innerhalb des Edictal-Termines sein Entschädigungsrecht anmeldet, und die Versetzung desselben in die zweyte Classe ad numerum der Servitut nicht in Anspruch nimmt, habe es sich selbst zuzuschreiben, wenn er wegen mangelhafter Liquidirung durchfalle, und man könnte sich bey dieser Einwendung auf das Hofdecret vom 19. August 1825 berufen, womit ausdrücklich angeordnet wurde, daß in der Eigenthums-Anmeldungsklage zugleich für den Fall, daß dem Kläger das Eigenthumsrecht nicht zuerkannt würde, die ihm unter dieser Voraussetzung etwa aus anderen Rechtsgründen zustehende Forderung anzugeben sey.

Allein diese Einwendung behebet sich bey näherer Beleuchtung ganz. Was das citirte Hofdecret anbelangt, hat dasselbe hier keine Anwendung, es paßt lediglich auf die Eigenthums-Anmeldungsklage, und ordnet die Anmeldung eines allfällig anderweitigen Rechtes aus dem Grunde an, weil, wenn das Eigenthum nicht zuerkannt würde, der ganze Klagsanspruch für illiquid hindangewiesen werden müßte, indem ein nicht an-

gesprochenes Recht auch nicht zuerkannt werden kann. Ganz anders verhält sich aber die Sache in dem vorausgesetzten Falle: das Servitutsrecht wird angemeldet, und für liquid erkannt, es ist daher auf alle Fälle eine liquide Forderung, nämlich das Servitutsrecht vorhanden. Der Berechtigte ist nach dem Gesetze — Hofdecret vom 19. July 1792 — nur verbunden, sein Servitutsrecht anzumelden und zu liquidiren; ist es dann durch rechtskräftiges Urtheil erwiesen, daß das Recht bestehe, so kann der Berechtigte von dem Concurse nicht mehr ausgeschlossen werden, er würde aber für den Fall ganz ausgeschlossen, wenn die früher intabulirten Gläubiger nicht gestatteten, daß das dienende Gut mit der Last der Servitut versteigert werden dürfe, und er auch dießfalls keine Entschädigung aus der Pfandsache erhielte. Das Hofdecret vom 19. August 1825 spricht von der zugleichen Anmeldung einer aus anderen Rechtsgründen hervorgehenden Forderung. In dem gegebenen Falle ist die Entschädigung keine aus anderen Rechtsgründen entstehende Forderung, sondern es erscheint das Entschädigungsrecht als ein Ausfluß aus dem Servitutsrechte; ist daher das Servitutsrecht liquid, so ist auch dadurch das Recht auf Entschädigung liquid, der Berechtigte hat daher nicht unterlassen, sein Recht anzumelden und zu liquidiren, sondern er hat nur das Quantum seiner Entschädigungsforderung noch zu erweisen, wozu ihm das Recht durch die ganze Concurs-Verhandlung um so mehr zustehen muß, als er vor der Versteigerung des dienenden und respective Pfandgutes gar nicht wissen konnte, ob er sich mit dem Entschädigungsbetrage werde begnügen müssen.

Ad d) Wenn ein unbewegliches Gut im Executionszuge zur Versteigerung gebracht wird, auf welchem eine Dienstbarkeit haftet, müssen auf alle Fälle vor der Ausschreibung der Versteigerung die intabulirten Gläubiger einvernommen werden, ob das Gut mit oder ohne Last der Dienstbarkeit versteigert werden soll.

In dem Falle, als die Servitut vor allen Gläubigern haftet, oder, daß die früher intabulirten Gläubiger mit der

Bestellung derselben einverstanden waren, werden die intabulirten Gläubiger bloß berechtiget seyn, zu fordern, daß der Servitutsberechtigte sein Recht liquidire, welche Liquidirung aber nur darin bestehen kann, daß der Exequirte das rechtliche Bestehen des Servitutsrechtes eingesteht. Diese Liquidirung zu fordern, sind die intabulirten Gläubiger aus der Analogie der Verordnung vom 19. July 1792 berechtiget, weil der Servitutsberechtigte auch in Concursfällen das wirkliche Bestehen seines Rechtes liquidiren muß, und weil jeder intabulirten Post nach §. 449 des b. G. B. ein wirklich bestehendes Recht zum Grunde liegen muß; ferner, weil der Meistboth nach der Ordnung der Tafel von dem Richter nach den Hofdecreten vom 15. Jänner 1787, Z. 621, und 23. October 1794, Z. 199, nur jenen Gläubigern zugewiesen werden kann, welche eine rechtliche Forderung dargethan haben, und weil der Servitutsberechtigte dadurch, daß das Pfand mit der Last der Servitut veräußert werden muß, einen Theil des Meistbothes schon in Voraus absorbirt.

Diese Liquidirung muß aber schon vor der Versteigerungs-Ausschreibung Statt finden, weil es von derselben abhängt, ob das Pfandgut mit oder ohne Last der Dienstbarkeit ausgebothen werden soll; eine, erst nach der Versteigerung einzuleitende Liquidation des Servitutsrechtes würde dem Zwecke nicht entsprechen. Es hafte z. B. auf dem Gute des A die Servitut der lebenslänglichen Fruchtnießung des B, und es werde nun die Realität des A mit der am ersten Satze intabulirten Servitut des B im Executions-Wege zur Versteigerung ausgebothen. Es ist ganz sicher, daß jeder Mitbiether bey seinem Anbothe die Dienstbarkeit berücksichtigen wird, und dem zufolge werde die, ohne Rücksicht auf die Servitut um 20,000 fl. C. M. geschätzte Realität, bey der ersten Versteigerungs-Tagsatzung um den Werth pr. 12,000 fl., welcher sich durch die Schätzung mit Rücksicht auf die Dienstbarkeit ergibt, abgeschlagen. Als nun zum Behufe der Meistbothsvertheilung die Liquidation mit den Tabulargläubigern abgeführt wurde, zeigte

es ſich, daß die Servitut der Nutznießung — ſey es nun durch den Tod des Nutznießers, oder vertragsmäßig — ſchon vor der Verſteigerung erloſchen, aber noch nicht extabulirt worden ſey. Dieſe Tabularpoſt fällt nun freylich hinweg, allein dieſe Entdeckung iſt zu ſpät gemacht worden, da das Pfandgut bereits mit der Laſt der Dienſtbarkeit verſteigert, und ſomit um 8000 fl. C. M. zu wenig an Meiſtboth erzielet worden iſt, und man wird vielleicht erſt im weitwendigen Prozeßwege im Stande ſeyn, die Verſteigerung zu annulliren.

Wenn aber vor der Dienſtbarkeit Gläubiger intabulirt ſind, welche in die Beſtellung derſelben nicht eingewilliget haben, ſo ſind dieſe Gläubiger und der Servitutsberechtigte aus dem Grunde vorzuladen, damit ſie ſich erklären, ob ſie in das Fortbeſtehen der Dienſtbarkeit und in die Veräußerung des Gutes mit der Laſt der Servitut willigen, oder nicht; denn die fehlende Einwilligung der früher intabulirten Gläubiger kann auch noch vor der Licitation nachgetragen werden.

Williget Einer oder der Andere der früher intabulirten Gläubiger in die Veräußerung des Pfandgutes mit der Laſt der Dienſtbarkeit nicht ein, ſo ſteht dem Servitutsberechtigten das Recht zu, wenn der diſſentirende Gläubiger der Executionsführer iſt, dieſe Forderung nach §. 462 des b. G. B. einzulöſen, und ſo die executive Verſteigerung ganz zu vereiteln oder auch, wenn der diſſentirende Gläubiger der Executionsführer nicht iſt, nach den §§. 1422 und 1423 des b. G. B. mit Einwilligung des Schuldners dieſe Forderung an ſich zu löſen, und auf dieſe Art die Verſteigerung des Pfandgutes mit der Laſt der Servitut zu bezwecken.

Wird es auf die eine oder andere Art dahin gebracht, daß das Pfandgut mit der Laſt der Servitut ausgerufen werden darf, ſo ſteht noch den ſpäter intabulirten Gläubigern aus den oben angeführten Gründen das Recht zu, vorher die Liquidirung des Servitutsrechtes zu fordern. Dieſes Recht haben aber die voraus intabulirten Gläubiger nicht, weil ſie ob-

nehin gegen ihren Willen durch die später eingetragene Servitut nicht beeinträchtiget werden können.

Man wird zwar gegen diese Maßregel einwenden, es sey eine solche Einvernehmung der Interessenten vor der Ausschreibung der Versteigerung nicht vorgeschrieben, und da die Servituten, so wie jeder andere Satz in der Rubrik: „Belastung,“ zu betrachten sey, habe man auch auf die Last der Servitut vor der Versteigerung gar keine Rücksicht zu nehmen.

Allein diese beyden Einwendungen können die aufgestellte Maßregel, daß die Interessenten rücksichtlich der, auf der Pfandrealität haftenden Servitut vor Ausschreibung der Versteigerung einzuvernehmen seyen, nicht erschüttern. Denn, wenn auch direct diese Einvernehmung in dem Gesetze nicht angeordnet ist, so geht selbe doch aus dem Geiste der Gesetze hervor: denn das Verkaufsobject und der Ausrufspreis muß nothwendig schon vor Ausschreibung der Licitation richtig gestellt seyn; nun bestimmt aber der Umstand, ob die Servitut rechtlich bestehe oder nicht, die Eigenschaft des Kaufobjectes, und der Ausrufspreis stellet sich anders dar, wenn das Gut mit der Last der Servitut, und anders, wenn es ohne diese Last ausgerufen wird. Es gibt, wie jeder Praktiker weiß, viele gerichtliche Amtshandlungen, die gesetzlich nicht vorgeschrieben sind, welche aber aus dem Zwecke der Justizverwaltung sich als nothwendig darstellen. So ist es z. B. nicht vorgeschrieben, daß nach der Versteigerung zum Zwecke der Meistbothsvertheilung die intabulirten Gläubiger, und der Exequirte zum Behufe der Liquidirung sollen vorgerufen werden; allein es liegt in dem Geiste der Gesetze, indem der Richter dem Ersteher nur jene Gläubiger zur Befriedigung zuzuweisen hat, deren Forderungen als richtig nachgewiesen erscheinen, — Hofdecret vom 15. Jänner 1787, Nr. 621, und 23. October 1794, Nr. 199 — folglich die gesetzlich vorgeschriebene Zuweisung nothwendig eine Liquidirung voraussetzt.

Wenn es übrigens gleich wahr ist, daß die intabulirten Dienstbarkeiten auch Satzposten sind, so geht es doch nicht

an, daß bey Einleitung und Vornahme der Versteigerung auf selbe eben so wenig, als auf intabulirte Schuldforderungen Rücksicht genommen werde; denn diese haben weder auf den Ausrufspreis, noch auf den Meistboth einen Einfluß. Es mögen noch so viele Forderungen intabulirt seyn, so übernimmt selbe der Ersteher nur nach Maßgabe des Meistbothes; es liegt auch nichts daran, ob die Richtigkeit derselben nachgewiesen ist, oder nicht, weil diese ohnehin vor der Zuweisung ausgemittelt werden muß. Allein anders ist es bey Dienstbarkeiten, hier frägt es sich, ob das Pfandgut mit, oder ohne der Last der Dienstbarkeit ausgerufen werden soll, und diese Frage muß vor der Versteigerung entschieden werden; eine solche Entscheidung setzt aber offenbar die Einvernehmung voraus.

Gesetzt, es würde die Versteigerung eines mit einer Servitut belasteten Gutes ohne die vorläufige Einvernehmung der Tabulargläubiger ausgeschrieben, und Einer von diesen würde, nachdem er nach Vorschrift des Gesetzes von der Versteigerungsanordnung verständiget wurde, gegen die Versteigerung des Gutes mit der Last der Servitut insolange protestiren, bis die Frage, ob die Servitut richtig bestehe, entschieden seyn wird; wer würde sich wohl getrauen, die Versteigerung gegen diese Protestation vorzunehmen? Ist aber jeder später intabulirte Gläubiger zu einer solchen Protestation berechtiget, was wohl nicht bezweifelt werden kann, so ist eben dadurch die frühere Einvernehmung der Gläubiger, wodurch dergleichen Einstreuungen verhindert werden, gerechtfertiget.

In Concursfällen muß nach dem Hofdecrete vom 19. July 1792 ohnehin das Servitutsrecht in dem, zur Anmeldung bestimmten Termine angemeldet und liquidirt werden, daher kann von einer besonderen Liquidirung desselben vor der Versteigerung keine Rede seyn, nur muß mit der Veräußerung des dienenden Gutes bis zur erfolgten Liquidirung des Servitutsrechtes inne gehalten werden.

Wenn daher entweder die Servitut am ersten Satze haftet, oder wenn die früher intabulirten Gläubiger in die Bestellung derselben eingewilliget haben, ist vor der Versteigerung des dienenden Gutes — nach bereits erfolgter Liquidirung — nichts zu veranlassen. Wenn aber dieses nicht der Fall ist, so kömmt es auch in Concursfällen darauf an, ob die früher intabulirten Gläubiger in die Veräußerung des Pfandgutes mit der Last der Servitut ihre Einwilligung ertheilen oder nicht, und es steht auch in Concursfällen dem Servitutsberechtigten das Recht zu, die Forderungen der dissentirenden Gläubiger an sich zu lösen, um seine Dienstbarkeit aufrecht zu erhalten; deßwegen muß auch bey Concurs-Verhandlungen vor der Versteigerung zu dem eben angegebenen Zwecke eine Einvernehmungs-Tagsatzung angeordnet werden.

Hier wäre noch die Frage zu beantworten, was rücksichtlich einer intabulirten Dienstbarkeit Rechtens wäre, wenn der Execution führende Gläubiger nach Vorschrift des §. 324 der a. G. O. das in Execution gezogene dienende Gut aus dem Grunde um den Schätzungswerth übernehmen muß, weil er binnen 30 Tagen nach der zu erheben gewesenen Schätzung die Feilbiethung nicht angesucht hat?

Der §. 324 der a. G. O. in Verbindung mit dem Hofdecrete vom 5. April 1782, Nr. 40, kann durchaus dahin nicht verstanden werden, daß diese Uebernahmsverbindlichkeit auf die Tabularposten irgend eine Beziehung habe, oder daß diese Uebernahme die Stelle des Erstehens bey einer öffentlichen Feilbiethung vertreten könnte. Dieser Paragraph drückt vielmehr nur ein Rechtsverhältniß zwischen dem Executionsführer und dem Exequirten aus, und es vertritt diese Uebernahme die Stelle eines Privatkaufes, bey welchem der Uebernehmer nach dem §. 443 des b. G. B. auch alle auf dem unbeweglichen Gute vorgemerkten Lasten, folglich auch die vorgemerkte Servitut übernimmt. Es bleibt daher die vorgemerkte Servitut, so wie alle anderen intabulirten Posten, unbeirrt in der Tafel, die dießfalls Berechtigten erwerben gegen den Ueber-

nehmer, als Tabular-Besitzer, das Recht der Hypothekarklage, und es kann von einer Vertheilung des Uebernahmspreises unter die Tabularposten, oder gar von einer ämtlichen Löschung der durchgefallenen Sätze keine Rede seyn.

Ad e) Wenn die dienstbare Realität ohne Last der Dienstbarkeit versteigert wurde, so tritt das Entschädigungsrecht des Servitutsberechtigten in Wirksamkeit, wenn das Recht der Servitut erwiesen vorliegt.

Bey Concursen ist entweder schon durch das alternative Begehren in der Liquidationsklage der Entschädigungsbetrag angesprochen und liquidirt worden, oder nicht. In dem ersten Falle wird dieser Betrag in der zweyten oder vierten Classe, oder in beyden zugleich bey der Vertheilung nach Maßgabe des Classifications-Urtheiles für diese Forderung bestimmt; in dem zweyten Falle aber muß der Berechtigte den Entschädigungsbetrag erst vor der Vertheilung im ordentlichen Rechtswege erweisen, wornach er dann mit dem entfallenden und rechtlich erwiesenen Betrage in die Vertheilung aufgenommen wird; denn in dem Classifications-Urtheile erscheint in dem Falle nur das Entschädigungsrecht ohne Aufführung des Entschädigungsbetrages, es müßte denn seyn, daß auch der Entschädigungsbetrag bis zur Schöpfung des Classifications-Urtheiles schon rechtlich bestimmt wäre.

Bey executiven Versteigerungen außer Concursfällen kommt es darauf an, ob nach der Ordnung der Tafel aus dem Meistbothe auf das Dienstbarkeitsrecht ein Antheil entfällt, oder nicht. In dem ersteren Falle wird der Berechtigte den Ersatzesbetrag rechtlich erweisen müssen, wornach er dann mit demselben in die Vertheilung aufgenommen wird; in dem zweyten Falle aber bleibt ihm lediglich sein persönliches Entschädigungsrecht, er hat auf den, durch die früheren Posten erschöpften Meistboth keinen Anspruch, und muß sich die Extabulation seines Servitutsrechtes von Amtswegen gefallen lassen.

In diesem Aufsatze ist bisher zwar nur von dem Einflusse einer Servitut auf das mit Pfandrechten belastete dienende

Gut gehandelt worden. Da es aber außer den Servituten auch noch andere dingliche Rechte, als z. B. Kaufsrechte 2c., geben kann, welche auf dem Pfandgute nach Ordnung der Tafel intabulirt erscheinen; so wird hier lediglich bemerkt, daß die, in dieser ersten Abtheilung rücksichtlich der Servituten aufgestellten Grundsätze im Allgemeinen auch auf andere intabulirte dingliche Rechte Anwendung finden.

II.

Nachdem über die rechtliche Möglichkeit, ein mit Pfandrechten belastetes Gut mit Servituten und anderen dinglichen Rechten zu beschweren, gehandelt, und der Einfluß, den eine Servitut auf das mit Pfandrechten behaftete dienende Gut ausübet, dargestellt wurde, erübriget noch die Erörterung des Einflusses einer Dienstbarkeit auf das verpfändete herrschende Gut.

In dieser Beziehung ist die Frage zu beantworten, ob der Eigenthümer des herrschenden Gutes ohne Zustimmung der Tabulargläubiger eine mit demselben verbundene Servitut aufgeben, und für sich allein die Löschung derselben von dem dienenden Gute bewilligen könne?

Daß hier nur von Grunddienstbarkeiten die Rede sey, leuchtet von selbst ein; ist aber eine solche vorhanden, so macht sie einen integrirenden Bestandtheil des herrschenden Grundes aus, und sie bildet ein Recht, welches mit dem Grunde — Feld oder Haus — dergestalt vereinigt ist, daß dasselbe, so wie jedes andere Benützungsrecht, auf jeden täflichen Besitzer des herrschenden Grundes übergeht, d. h. die Dienstbarkeit ist ein Zugehör des herrschenden Gutes.

Da sich nun das Pfandrecht nach §. 457 des b. G. B. auf alle zu dem freyen Eigenthume des Verpfänders gehörige Theile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes erstrecket; so folgt daraus, daß den intabulirten Gläubigern des herrschenden Gutes auch das Pfandrecht auf die Dienstbarkeit zustehe, und daß sie daher berechtiget seyen, das herrschende Gut mit

dem Rechte der Dienstbarkeit im Executionswege zur Versteigerung bringen zu lassen.

Da ferner nach §. 364 des b. G. B. die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur insoferne Statt findet, als dadurch nicht in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, durch die einseitige Aufhebung des Dienstbarkeitsrechtes aber offenbar die auf dem herrschenden Gute intabulirten Gläubiger beeinträchtiget würden; so folgt daraus von selbst, daß der Eigenthümer das bestehende Servitutsrecht ohne Beystimmung der Tabulargläubiger nicht aufgeben, und für sich allein rechtlich nicht die Bewilligung zur Löschung desselben von dem dienenden Grunde geben könne.

Diese ohnehin schon in der Natur der Sache gegründete, und durch die Vorschrift des a. b. G. B. gerechtfertigte Behauptung wird aber durch die bestehenden, schon öfter aufgeführten Zerstückungsgesetze außer allen Zweifel gesetzt; denn, da die Grunddienstbarkeiten wirkliche, zum herrschenden Grunde gehörige Rechte sind, so können sie auch von dem Grunde nur nach Vorschrift dieser Verordnungen wieder getrennt werden, welche Trennung aber die Einwilligung der intabulirten Gläubiger voraussetzet. Man wird zwar einwenden, die Grunddienstbarkeiten seyen bloß auf dem dienenden Grunde intabulirt, erscheinen aber bey dem herrschenden Gute nicht incorporirt, seyen daher keine täflichen Bestandtheile des herrschenden Grundes, folglich stünde auch den Tabulargläubigern desselben kein Pfandrecht zu; die Erwerbung einer solchen Servitut sey meistens ein freywilliger Act eines jeweiligen Besitzers, es müsse ihm daher auch die Auflassung derselben frey stehen.

Allein, wenn es gleich wahr ist, daß die Dienstbarkeit — wenigstens nach den gesetzlichen Vorschriften — als Eigenschaft des herrschenden Gutes nicht eingetragen werden muß, so ist es dessen ungeachtet auch wahr, daß dieselbe ein integrirender Theil des herrschenden Gutes ist, weil dieses Recht jedem Grundbesitzer als solchen zusteht, folglich, so wie jedes andere Benutzungsrecht aus dem Grundeigenthume fließt. Nach dem

Geiste des §. 474 des b. G. B. und nach der Natur der Grund-Servituten erwirbt das Gut durch juridische Fiction das Dienstbarkeitsrecht; das Gut selbst ist aber mit Pfandrechten belastet, folglich steht den Gläubigern auch auf dieses Recht das Pfandrecht zu, wenn gleich das Bestehen der Servitut aus der Tafel des herrschenden Grundes nicht ersichtlich war, weil dieselbe ein Theil des Pfandgutes ist, und sich das Pfandrecht nach §. 457 des b. G. B. auf alle Theile des Pfandgutes — auf das Zugehör — erstrecket.

In der Tafel erscheint immer nur das Gut mit seiner Benennung, nicht aber mit allen, aus demselben fließenden Rechten; wer wollte aber behaupten, daß sich das Pfandrecht auf diese Letzteren nicht erstrecke, weil sie nicht besonders in der Tafel verzeichnet erscheinen?

Es ist ferner wahr, daß die Erwerbung einer Grunddienstbarkeit meistens ein freywilliger Act eines jeweiligen Besitzers ist; allein daraus fließt nicht, daß er das freywillig Erworbene nach Willkühr wieder aufgeben kann. Die intabulirten Gläubiger können den Grundbesitzer nicht zwingen, eine Dienstbarkeit zu erwerben, um dadurch den Werth des Pfandgutes zu erhöhen; allein wenn dieselbe einmahl erworben ist, macht sie einen Bestandtheil des Pfandgutes aus, welcher den intabulirten Gläubigern ohne ihre Beystimmung nicht mehr entzogen werden darf.

Aus diesem Grunde haben nicht nur jene Gläubiger, welche erst seit der Erwerbung des Servitutsrechtes auf das herrschende Gut intabulirt wurden, sondern auch diejenigen Gläubiger darauf das Pfandrecht, welche bereits vor Erwerbung der Dienstbarkeit das Tabularrecht besaßen; denn der §. 457 des b. G. B. unterscheidet nicht, ob das Zugehör vor, oder erst nach der Intabulation der Gläubiger zur Hauptsache hinzugekommen ist. Man möchte zwar behaupten, daß der Gläubiger, als er sich mit seiner Forderung durch Intabulation sicherstellte, nur das Gut ohne die Servitut zum Pfande erhalten habe; wenn nun später die Servitut erworben wurde, sey dieses ein

neues Recht, worauf sich das schon früher erworbene Pfandrecht nicht erstrecken könne, weil es dem Gläubiger zur Zeit der erwirkten Intabulation, als nicht bestehend, nicht habe verpfändet werden können. Würde nun der Gläubiger sein Pfandrecht auch auf diese Dienstbarkeit ausdehnen, so müßte er sein Recht über seinen ursprünglichen Titel und Erwerbungsart erweitern, wozu er offenbar nicht berechtiget sey.

Diese Behauptung würde allerdings gegründet seyn, wenn die Grunddienstbarkeit als ein für sich bestehendes Recht gedacht werden könnte; allein sie kann als solches nicht bestehen, sondern erscheint immer nur als ein integrirender Theil des herrschenden Gutes, und ist, da die Servitut für das herrschende Gut immer vortheilhaft seyn muß, als eine Melioration des letzteren zu betrachten. Dieses geht nicht nur allein aus der Natur der Sache, sondern auch aus dem §. 525 des b. G. B. hervor, nach welchem mit dem Untergange des herrschenden Gutes die Grunddienstbarkeit selbst eingestellt wird. Ist aber die Dienstbarkeit ein Theil des herrschenden Grundes, so muß das Pfandrecht, welches auf dem Ganzen haftet, auch auf diesen Theil ausgedehnt werden. Wer würde wohl zweifeln, ob ein Gläubiger, welcher mit seiner Forderung auf ein Grundstück intabulirt ist, sein Pfandrecht auch auf das, erst nachträglich auf dem Grundstücke errichtete Gebäude werde ausdehnen dürfen, da das Gebäude nun ein Zugehör bildet, worauf ihm der §. 457 des b. G. B. das Pfandrecht doch ausdrücklich einräumet?

Eine andere Einwendung gegen die aufgestellte Behauptung könnte man aus den Super-Intabulationen hernehmen, und behaupten: da nach der Lehre des §. 15 des Landtafelpatentes, und dem §. 39 der Landtafelinstruction die Servituten eben so, wie jede andere Forderung nach fortlaufenden Nummern eingetragen werden muß, jede Landtafel oder Grundbuchspost aber mit Supersätzen belastet werden kann; so könnten also auch Sätze der Servituten mit Super-Intabulationen belastet werden. Diese Supersätze würden nun, wenn den intabulirten

Digitized by Google

Gläubigern des herrschenden Gutes auch das Pfandrecht auf das Dienstbarkeitsrecht zustände, mit diesen Supersatzgläubigern offenbar in Collisionen gerathen.

Allein insoweit die Grunddienstbarkeit als solche rechtlich besteht, d. h. insoweit selbe nach dem ersten Theile dieser Abhandlung von den früher intabulirten Gläubigern nicht unwirksam gemacht werden kann, darf ein solcher Supersatz auf die Servitut, eben weil das Servitutsrecht kein selbstständiges Recht, sondern nach dem Hofdecrete vom 19. July 1792, lit. b, und §§. 472 und 474 des b. G. B. nur ein Zugehör ist, gar nicht bewilliget werden; denn es ist kein Recht eines jeweiligen Besitzers, als Person für sich betrachtet, sondern durch juridische Fiction ein Recht des herrschenden Grundes. Würde also eine solche Servitut mit Supersätzen beschwert werden, so könnten diese nur für den Fall eine rechtliche Wirkung haben, wenn die Servitut als eine bleibende Last des dienenden Grundes nicht existiren könnte, sondern in Concursfällen, oder bey executiven Versteigerungen auf ein bloßes Entschädigungsrecht beschränkt wäre; denn in diesem Falle existirt eigentlich im rechtlichen Sinne keine Servitut, sie ist kein integrirender Theil des herrschenden Grundes, mithin haben auch die auf diesen intabulirten Gläubiger darauf kein Pfandrecht, können daher auch mit den allenfalls darauf haftenden Supersatzposten in keine Collision kommen.

Hieraus geht hervor, daß, wenn auf intabulirte Servitutsrechte Supersätze nachgesucht werden, dieselben jederzeit nur unter der ausdrücklichen Beschränkung bewilliget werden könnten, daß der Supersatz nur dann eine gültige Kraft habe, wenn und insoweit das Servitutsrecht in ein Entschädigungsrecht übergeht, weil nur dieses Entschädigungsrecht und der demselben entsprechende Entschädigungsbetrag einer bestimmten Person zustehen, daher auch nur auf diesen ein Afterpfand erworben werden kann; denn so lange die Servitut ein Zugehör des herrschenden Grundes, d. h. eine wirkliche Servitut ist, kann darauf Niemanden ein Afterpfandrecht eingeräumt

werden, der nicht auf das herrschende Gut selbst durch Intabulation ein Pfandrecht erworben hat.

Aus dieser zweyten Abtheilung der vorliegenden Abhandlung ergeben sich für gerichtliche Verhandlungen folgende Corrolarien:

1.) Wenn ein Gesuch um Extabulation einer Grunddienstbarkeit bey der Realbehörde des dienenden Grundes vorkömmt, muß der Grundbuchs- oder Landtafelauszug des herrschenden beygelegt werden, um daraus zu erweisen, daß auf dem herrschenden Grunde keine Gläubiger intabulirt seyen. Geht aus diesem Extracte hervor, daß dasselbe mit Pfandrechten belastet sey, so darf die Extabulation nur dann bewilliget werden, wenn die Beystimmung der intabulirten Gläubiger nachgewiesen ist.

2.) Bey Schätzungen im Executions- oder Concurs-Wege müssen die Grunddienstbarkeitsrechte immer, und zwar auch dann mitgeschätzt werden, wenn sie ohne Beystimmung der intabulirten Gläubiger wieder gelöscht worden wären; denn wenn gleich nach geschehener Löschung eigentlich die Servitut nicht mehr besteht, so können doch die Gläubiger entweder die Wiederherstellung derselben, oder die Entschädigung gegen den Schuldtragenden fordern, vorausgesetzt, daß die Dienstbarkeit als fortwährendes Recht des herrschenden Grundes erwiesen war. Ist aber die Löschung über ein rechtskräftiges Urtheil im Executions-Wege vorgenommen worden, so ist sie nach Rechten als erloschen zu betrachten, und bey der Schätzung nicht mehr zu berücksichtigen. Gehen der Servitut auf dem dienenden Gute Gläubiger voraus, welche der Servitutsbestellung ersichtlich nicht beygestimmt haben; so wird zwar bey der Schätzung auf diese Dienstbarkeit Rücksicht genommen, aber dieser Umstand muß in dem Schätzungsprotokolle bemerkt werden.

3.) Bey der Versteigerung des dienenden Gutes ist ein jeder auf dem herrschenden Gute intabulirte Gläubiger berechtiget, um die Servitut als ein bleibendes Recht des herrschenden Gutes zu erhalten, die Forderung des Executionsführers einzulösen, indem der §. 462 des b. G. B. offenbar auch auf

die Pfandgläubiger des herrschenden Gutes auszudehnen ist; denn da ihnen auch das Servitutsrecht verpfändet ist, die Servitut aber auf dem dienenden Gute intabulirt erscheint, so sind die auf dem herrschenden Gute intabulirten Gläubiger als Repräsentanten der Tafelpost des dienenden Gutes zu betrachten. Es steht ihnen aber auch frey, um die Existenz des Servitutsrechtes zu erhalten, die Forderungen der dissentirenden Gläubiger mit Einwilligung des Schuldners einzulösen, um zu erzwecken, daß das dienende Gut mit der Last der Dienstbarkeit versteigert werde.

4.) Muß das herrschende Gut im Concurs- oder Executionswege auch mit dem Rechte der Dienstbarkeit veräußert werden. Sollte es aber nicht erwiesen vorliegen, daß gegen die Dienstbarkeit kein rechtlicher Einspruch von Seite der Tabulargläubiger des dienenden Gutes erhoben werden könne; so muß entweder vor der Versteigerung dieser Beweis hergestellt werden, oder es müssen alle intabulirten Gläubiger und der Exequirte dahin einverstanden seyn, daß das Gut mit dem zweifelhaften Servitutsrechte versteigert werden soll.

XXXII.

Wie lange kann die Einsetzung in den vorigen Stand gegen den unbenützt abgelaufenen Anmeldungstermin im Concurse der Gläubiger Statt finden?

Vom

Herrn Dr. Ludwig Hirschmann,

aus Prag.

Die Eröffnung eines förmlichen Concurses der Gläubiger über das Vermögen eines Ueberschuldigen geschieht nach der allgemeinen Concurs-Ordnung vom Jahre 1781 durch ein Edict, welches zur Einberufung der Gläubiger vom Gerichte ausgefertigt wird [1]. In diesem Edicte soll der Richter Allen, welche an den Verschuldeten zu fordern haben, auftragen, daß sie ihre Forderungen bis zu dem im Edicte bestimmten Tag anmelden sollen, widrigens sie von dem vorhandenen Vermögen, insoweit es die Gläubiger, die sich melden werden, erschöpfen, abgewiesen seyn würden [2]. Dem gemäß wurde auch durch die allgemeine Gerichts-Instruction vom Jahre 1785 das Formular dieses Convocations-Edictes vorgeschrieben [3]. Die Gläubiger des Cridatars werden also in diesem Edicte mit der Präclusion, d. h. mit der Ausschließung von den in Concurs gezogenen Gütern ihres Schuldners bedroht, wenn sie den ihnen

[1]) §. 5 d. a. C. O.

[2]) §. 7 d. a. C. O.

[3]) §. 85 erste Abtheil. der a. G. J.

zur Angabe ihrer Forderungen anberaumten Termin unbenützt verstreichen lassen. Diese Präclusion, welche man auch die eigentliche Präclusion (im Gegensatze von der uneigentlichen, welche nach geschehener Anmeldung den Gläubiger im Liquidations-Prozesse treffen kann[1]), nennt, und welche ihren Grund in der vorausgegangenen, mit den gesetzlichen Erfordernissen versehenen präclusivischen Ladung, und in der von Seite des Schuldners unterlassenen Anmeldung seiner Forderung hat, beschränkt sich in ihrer Wirkung auf die Ausschließung vom Concurse, ohne das Recht des präcludirten Gläubigers gegen den Schuldner erlöschen zu machen[2]), weil die Androhung dieses Präjudizes die Gesetze (die a. C. O. nämlich, und das neunte Capitel der a. G. O.) nicht gestatten, und die Auflage des ewigen Stillschweigens auf wenige, namentlich aufgeführte Fälle beschränkt ist, unter denen der vorliegende nicht aufgezählt wird[3]). Weil jedoch der Nachtheil, welcher dem Gläubiger aus der Ausschließung vom Concurse erwächst, jedenfalls so groß ist, daß der Gläubiger wünschen muß, denselben abwenden zu können; so entsteht die Frage, ob es hierzu irgend ein Rechtsmittel gibt. Das Hofdecret vom 13. Februar 1795, Nr. 217, bestimmt dießfalls, daß die Versäumung der in dem Einberufungs-Edicte bestimmten Anmeldungsfrist nur durch den Weg der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand saniret werden könne. Obwohl nun diese gesetzliche Verordnung ganz bestimmt und allgemein lautet, so ist doch kein Zweifel,

---

[1]) Dabelow in seiner Lehre vom Concurse, — Danz in den summarischen Prozessen.

[2]) Hofdecret vom 12. November 1787, Z. 745.

[3]) A. G. O. §. 65. — Patent vom 1. November 1781, Z. 27, §. 14. — Vom 24. October 1782, Z. 96. — Vom 16. Jänner 1786, Z. 516, §. 2. — Resol. vom 11. Septemb. 1784, Z. 335, lit. w. — Hofdecr. v. 15. März 1784, Z. 262 — und vom 20. November 1818, Z. 1519, — dann §§. 390 — 392 des a. b. G. B.

Ofners Darstellung der allgemeinen Gerichts- und Concurs-Ordnung I. Thl. §. 65.

daß die Folgen der Präclusion, wie hier aus Gründen der Billigkeit, so auch aus Gründen des Rechtes abgewendet werden können, dann nämlich, wenn in den zur Eröffnung des Concurses getroffenen richterlichen Vorkehrungen ein solcher Fehler unterlief, welcher nach den Gesetzen deren Ungültigkeit und Nichtigkeit zur Folge hatte, wie z. B., wenn der Richter an sich zur Eröffnung des Concurses nicht berechtigt war, — wenn die Kundmachung der Edicte nicht den Gesetzen gemäß geschah, u. dgl. In diesen Fällen stehen den Verletzten auch andere Rechtsmittel [1]) zu Gebothe, sowohl gegen die richterlichen Verfügungen selbst, als auch gegen den Richter, den Schuldner, und nach Verschiedenheit des Falles auch gegen andere Personen. Ohne in eine Untersuchung dieser Fälle einzugehen, soll hier nur der von dem Hofdecrete vom 13. Februar 1795, Z. 217, berücksichtigte Fall, wo unter Voraussetzung der gültig geschehenen Präclusion es sich zur Abwendung derselben um Einsetzung in den vorigen Stand handelt, in Erwägung gezogen werden.

Da die a. C. O. nicht verordnet, wann und unter welchen Bedingungen der Concursgläubiger zu dem Ansuchen um Einsetzung in den vorigen Stand gegen den unbenützt verstrichenen Anmeldungstermin berechtiget sey; so wird diese Frage nach den allgemein geltenden Grundsätzen von der Einsetzung in den vorigen Stand, und nach den besondern über das Verfahren im Concurs-Prozesse gegebenen Vorschriften zu beantworten seyn. Doch da nach der an die Spitze dieser Abhandlung gestellten Frage es sich um die Bestimmung des Zeitraumes handelt, innerhalb welchem die Einsetzung in den vorigen Stand Statt finden kann, soll auch die Antwort unter der Voraussetzung, daß alle andern Bedingungen zur Restitution vorhanden seyen, sich auf die Bestimmung dieses Zeitraumes beschränken, und auf die Nebenbestimmungen der Restitution

---

[1]) Pratobevera erkennt jedoch zum Theil auch in ihnen nur Restitutionen. (Mater. f. österr. Gesetzk. 6. Bd., S. 196, §. XV.)

nur insoweit geachtet werden, als sie auf den Zeitpunkt des Ansuchens irgend einen Einfluß äußern.

Ohne nach einem auf positive Weise festgestellten Begriffe der Restitution, welcher sich in unsern Gesetzen nicht findet, lange zu suchen, wagen wir es, geradezu mit alleiniger Rücksicht für den in Frage stehenden Fall, die Einsetzung in den vorigen Stand als dasjenige außerordentliche und subsidiarische Rechtsmittel zu erklären, wodurch in Betreff desjenigen, welcher bey einem Concurse ohne sein Verschulden die Anmeldung seiner Forderung versäumt hat, das Concursverfahren durch den Richter wieder in jenen Zustand versetzt wird, in welchem es zur Zeit des Edictaltermines war. Diese Erklärung dürfte durch den Sprachgebrauch, und jene wenigen Gesetzesstellen, welche von der Restitution handeln, gerechtfertigt werden [1]).

Aus diesem aufgestellten Begriffe fließt der Folgesatz: daß die Wiedereinsetzung nur dann, und so lange rechtlich Statt finden könne, als sich überhaupt die Sache in Ansehung dessen, der die Restitution sucht, in den Zustand setzen läßt, in welchem sie zur Zeit des Liquidationstermines war; — es fließt aber auch daraus, daß sie nur dann Platz greife, wenn und so lange es kein anderes Rechtsmittel gegen die erfolgte Präclusion für den Gläubiger gebe.

Von der Frage, wie lange die Einsetzung in den vorigen Stand Statt finden könne, läßt sich die andere nicht füglich trennen, wann das Recht zum Ansuchen der Restitution beginne; denn es ist natürlich, daß ein Recht in jenem Zeitpunkte, da es zu existiren erst anfangen sollte, nicht bereits erloschen seyn kann. Als ein Mittel zur Abwendung der Präclusion setzt es voraus, daß die Wirkungen derselben eingetreten sind; und es kann vor ihrem Eintritte von einer Einsetzung in den vorigen Stand zur Beseitigung der Präclusion keine Rede seyn. Wie oben gezeigt wurde, ist der Eintritt der angedrohten Rechts-

[1]) Pratobevera a. a. O. S. 125, §. 2.

nachtheile an den fruchtlosen Verlauf der zur Anmeldung der Forderungen bestimmten Edictalfrist gebunden, demnach bedarf es vor diesem Verlaufe keiner Restitution, weil noch keine Nachtheile eintraten. Es entsteht nun aber die Frage, ob alsogleich, nachdem die in dem Edicte festgesetzte Frist verlaufen ist, die Wirkungen der Präclusion eintreten, oder ob es hierzu einer besondern richterlichen Verordnung bedarf, worin erklärt würde, daß alle Gläubiger, welche sich bisher mit ihren Forderungen nicht gemeldet haben, hiermit von der Concursmasse mit ihren Ansprüchen ausgeschlossen werden.

Nach gemeinem deutschen Rechte ist diese Frage unter den Rechtsgelehrten sehr bestritten, und die Gesetzgebungen solcher Länder, wo der gemeine deutsche Proceß Statt findet, haben sich daher auch zu besondern positiven Bestimmungen veranlaßt gefühlt, nach denen entweder in einer bestimmten Frist nach dem Liquidations-Termine ein besonderes Präclusionsdecret erscheint, oder dieses mit dem Locationsbescheide zugleich erlassen wird [1]). Nach unsern Gesetzen muß man behaupten, daß der bloße Ablauf des Liquidations-Termines das Recht des Gläubigers, an der Concursmasse Theil zu nehmen, auslösche. Denn obgleich der §. 29 d. a. C. O. ebenfalls vorschreibt, im Classificationsurtheile zu erklären, daß Alle ohne Ausnahme, welche sich nicht angemeldet haben, abgewiesen seyen, — so läßt sich mit dieser Gesetzesstelle doch nicht die Meinung rechtfertigen, daß auch nach österr. Gesetzen eine besondere richterliche, die Präclusion aussprechende Sentenz erfordert werde, damit die Wirkungen dieser Präclusion eintreten. Immerhin mag man behaupten, daß es ja eine ganz fruchtlose und unnütze Verfügung wäre, die Präclusion in der Classification aussprechen zu müssen, wenn die Präclusion nicht eben dadurch erst zur Wirkung gelangte. Es steht diesem Einwurfe der viel gegründetere entgegen, daß ja dann deutliche Gesetze in entschiedenen Widerspruch treten würden, und sogar der Inhalt dieses §. 29 selbst einen

[1]) Trütschler's Lehre von der Präclusion, S. 51.

unauflösbaren Widerspruch enthielte. Oder würde die Verfügung desselben Gesetzes, daß (wie die Worte des citirten Paragraphes lauten) Jene, welche bis an den im Edicte bestimmten Tag ihre Forderung nicht angemeldet haben, nicht mehr zu hören wären, nicht eben so wirkungslos seyn, wenn es ungeachtet dieses gesetzlichen Ausspruches, mit dem auch der §. 7 der a. C. O. und der §. 85 der a. G. J. (außer den gleichlautenden §§. 75 und 83 der a. G. O.) übereinstimmt, noch eines besondern richterlichen Spruches bedürfte. Es hätte ja dann der Gesetzgeber ungeachtet seiner ausdrücklichen Erklärung die Präclusion überhaupt nicht an den unbenützt verstrichenen Anmeldungs-Termin, sondern an die Classification gebunden, und damit ausgesprochen, daß vor geschöpfter classificatorischer Sentenz gar keine Ausschließung vom Concurse Statt fände, daher vor diesem Zeitpunkte auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Wirkungen dieser Ausschließung erforderlich wäre. Die im Einberufungsedicte angedrohte Präclusion wäre eine unwirksame, und daher eigentlich gar keine Ausschließung. Aber der Schlußsatz des §. 29 der a. C. O. ist wirklich weder der wesentlichste Theil dieses Paragraphes, noch ein aus dem Hauptinhalte desselben unbedingt sich ergebender Folgesatz, dessen besondere Rechtswirkungen in jener Hauptverfügung ihren nothwendigen Grund haben. Diese Hauptverfügung ist aber keine andere, als die Erklärung, daß die im §. 7 der a. C. O. schon ausgesprochene Regel: „alle, die in der Edictalfrist ihre Forderungen nicht gemeldet haben, seyen nicht mehr anzuhören" — eine ausnahmslose Regel sey, die auch dann gelten solle, wenn der Präcludirte seine Ansprüche auf ein Compensations-, Eigenthums- oder Pfandrecht zu stützen vermag, welche gewöhnlich unbestritten, oder vom Cridatar doch anerkannt, und dem Richter sogar häufig bekannt sind. Der unmittelbare Nachsatz, daß ein solcher Gläubiger, wenn er zugleich in die Masse schuldig wäre, ungeachtet seines Compensations-, Eigenthums- oder Pfandrechtes seine Schuld abtragen müsse, bestätigt die eben ausgesprochene Behauptung, indem er nur als eine Consequenz

des Vordersatzes dasteht. Daß daneben der Schlußsatz dieses Paragraphes als eine müßige und überflüssige Anordnung erscheint, ist nicht zu läugnen, aber auch andererseits muß man zugestehen, daß, wenn nur die in der Classification ausgesprochene Präclusion wirksam wäre, das gewählte Mittel, oder vielmehr dessen Anwendung in seiner Form der bezweckten Wirkung nicht entspräche. Denn jener richterliche, die Präclusion verhängende Spruch, er sey nun ein bloßer Bescheid, Decret, oder nach vorliegender Meinung ein Urtheil, wäre doch eigentlich für diejenigen erlassen, welche daraus erfahren sollen, daß sie von der Concursmasse ausgeschloßen seyen, — er müßte also zu ihrer Wissenschaft wirklich gelangen, oder doch wenigstens gelangen können. Das ist aber bey dem nach unseren Gesetzen zu schöpfenden Classificationsurtheile nicht der Fall, da dasselbe nur zur Kenntniß des Concursmassevertreters, des Vermögensverwalters und der einzelnen Gläubiger, die sich in den Concursproceß eingelassen haben, gelangt, so zwar, daß allein dem Massevertreter und dem Verwalter des Vermögens das Classificationsurtheil seinem vollen Inhalte nach, jedem Gläubiger aber nur ein seine angemeldete Forderung betreffender Auszug zugestellt wird, wobey ihnen freygelassen ist, den vollen Inhalt bey dem Massevertreter oder Vermögensverwalter einzusehen, oder bey Gericht eine Abschrift zu erheben [1]). Eine öffentliche Bekanntmachung dieses Urtheils mittelst der Zeitungsblätter, oder auf sonst geeignete Weise findet so wenig Statt, als dieses hinsichtlich der gänzlichen Beendigung des Concurses der Fall ist [2]). Es wäre sonach mit diesem Urtheile keineswegs die Möglichkeit gegeben, daß die Präcludirten die darin über sie verhängte Ausschließung vom Concurse in Erfahrung brächten; und es wäre der Wirkung nach eben so viel, als enthielte die Classification jenen Beysatz nicht; während dagegen das der öffentlichen Kundmachung unterzogene, zur Einberufung der

---

1) Resolution vom 14. Juny 1784, Z. 306.

2) Hofdecret vom 1. October 1808, Z. 862.

Gläubiger erlassene Edict mit seiner die Präclusion androhenden, und ihre Wirkungen an den bloßen Verlauf der unbenützten Edictalfrist bindenden Clausel möglicher Weise zur Wissenschaft eines jeden Gläubigers gelangen kann. Es liegt daher in der Art der Kundmachung des Convocationsedictes und in jener des Classificationsurtheils ebenfalls ein Grund, sich für die Meinung zu erklären, daß der Gesetzgeber die Wirkungen der Präclusion allein schon an den bloßen Verlauf der unbenützten Edictalfrist gebunden habe, deren Wirkungen daher ipso jure eintreten, ohne daß es hierzu erst eines besondern richterlichen Spruches bedürfte. Es tritt sonach mit dem bloßen Ablaufe des Liquidations-Termines sogleich für den Präcludirten die rechtliche Möglichkeit, und mit ihr überhaupt das Recht ein, die Einsetzung in den vorigen Stand zu begehren.

Nach Beantwortung dieser Vorfrage kommen wir zu der weitern, wie lange nämlich das für den Präcludirten entstandene Recht, die Wiedereinsetzung zu begehren, dauere, bevor es ihm unwiderbringlich verloren geht. Der durch die Restitution abzuwendende Nachtheil ist aus dem fruchtlosen Ablaufe einer Frist entstanden; der Fall ist also der des §. 372 der a. G. O., wo das Gesetz die Einsetzung in den vorigen Stand gestattet, wenn dem Verkürzten ohne sein Verschulden eine Fallfrist verstrichen ist. Dieser Fall löset sich jedoch in zwey besondere Fälle auf, nämlich daß dem Verkürzten entweder überhaupt unbekannt geblieben sey, ihm laufe irgend eine Fallfrist, — oder wenn dieses ihm zwar bekannt geworden, die Fallfrist jedoch ohne sein Verschulden verstrichen ist. Doch in dem einen wie in dem andern Falle ist es nothwendig, daß von Seite des Verkürzten kein Verschulden eingetreten seyn dürfe, wenn er darauf sein Begehren der Restitution gründen will. Die Frist, in welcher dieses Begehren zu stellen sey, bestimmt der §. 373 der a. G. O., indem er sie an die Dauer von vierzehn Tagen nach Verstreichung der Fallfrist bindet, welche Bestimmung jedoch dahin modificirt worden ist, daß die im §. 373 der a. G. O. bestimmte Frist von jenem Tage an

zu rechnen sey, da der Partey oder ihrem Rechtsfreunde die Verabsäumung der Fallfrist bekannt geworden ist[1]). Aus diesen gesetzlichen Verordnungen ergibt sich für die vorliegende Frage das Resultat, daß das den Cridagläubigern zustehende Recht, die Einsetzung in den vorigen Stand gegen den unbenützt abgelaufenen Liquidations-Termin zu begehren, ebenfalls an den Zeitraum von 14 Tagen gebunden sey, diese jedoch von jenem Tage an gezählt werden müssen, wo der Partey die Verabsäumung des Termines bekannt wurde, d. h. da ihr die Kunde wird, entweder überhaupt, daß ihr eine Fallfrist gelaufen, oder nur daß die ihr schon bekannte Fallfrist ohne ihr Verschulden verstrichen sey.

Hier entsteht aber der Zweifel, ob, nachdem in dem ordentlich kundgemachten Edicte die Aufforderung der Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen geschehen ist, der Zeitpunkt, da der gesetzte Termin unbenützt verstrich, von jenem, da der Verkürzte diesen unbenützten Ablauf wirklich erst in Erfahrung gebracht hat, in rechtlicher Hinsicht verschieden seyn könne, oder was dasselbe ist, ob nach geschehener ordnungsmäßiger Kundmachung des Convocations-Edictes der Verkürzte mit Wirkung zu dem Beweise zugelassen werden dürfe, daß ihm die Eröffnung des Concurses und die Aufforderung der Gläubiger durch das Edict nicht bekannt geworden sey. Edicte unterscheiden sich von andern richterlichen Verfügungen, außer durch ihre besondere Form, hauptsächlich noch durch die Art ihrer Kundmachung. Die durch die a. G. O. vorgeschriebene ordentliche Art und Weise, Jemanden mit einer richterlichen Verfügung bekannt zu machen, ist die Zustellung derselben, und zwar entweder Zustellung zu eigenen Handen, oder zu Handen jener Personen, welche der zu Benachrichtigende selbst zur Annahme solcher Verständigungen beauftragt hat (wie seinen Mandatar), oder welche die Gesetze hierzu befähigen, wie z. B. den Firmaführer der Handlung, oder den Bergwerks-

[1]) Resolution vom 31. October 1785, Z. 489.

verweser oder gewerkschaftlichen Schichtmeister. Die durch die Zustellung bewirkte Möglichkeit, den Inhalt der zugestellten Verordnung kennen zu lernen, ist für den, an welchen die Zustellung erfolgte, so groß, daß es mehr als wahrscheinlich ist, und man für gewiß annehmen darf, dieser Inhalt werde ihm bekannt geworden seyn; bey welcher Voraussetzung daher auch die erfolgte Zustellung den Beweis ausschließt, er habe den Inhalt des ihm zugestellten richterlichen Erlasses nicht kennen gelernt. In jenen Fällen, wo eine Zustellung zu eigenen Handen nicht Statt finden kann, hat man sich stellvertretender Mittel bedient, welche es gleichfalls möglich machen, daß der zu Verständigende die nöthige Nachricht erhalte; doch steht dieser Erfolg der bloßen Wahrscheinlichkeit näher, als der Gewißheit, und nach der Natur der Sache bleibt es zweifelhaft, ob diese Art Kundmachung ihre Bestimmung erreichen werde. Bey so einem geringen Grade von Gewißheit muß allerdings ein Gegenbeweis Platz greifen können, daß die Kunde nicht zu jenem gelangt sey, für den sie bestimmt war. Solche die Zustellung vertretende Mittel sind die öffentliche Kundmachung, namentlich die durch Edicte, welche, wenn sie ihren Zweck erreichen sollen, nothwendig die Vermuthung begründen müssen, daß dadurch die Interessenten die nöthige Wissenschaft erlangen werden, und in angemessener Zeit auch erlangt haben werden; nach ihrer Natur aber müssen sie auch den Gegenbeweis zulassen, daß nämlich der Betheiligte keine Kenntniß erlangt habe; — die durch sie begründete Vermuthung ist also nur eine praesumtio juris, nicht aber auch de jure. Nur ausnahmsweise gewährt das Gesetz in besondern Fällen einzelnen Arten derselben die rechtliche Kraft einer wirklichen Zustellung, wie z. B. der Anschlagung der richterlichen Verordnung am Gerichtsorte [1]), oder an der Thüre der Wohnung dessen, dem die Verordnung zuzustellen ist [2]), daher diese

[1]) A. G. O. §. 387.

[2]) A. G. O. §. 9. — Hofdecret vom 7. April 1785, Z. 403. — A. G. O. §. 77.

Anschlagung mit der wirklichen Zustellung gleiche Wirkung hat, und ebenfalls den Beweis der nicht erlangten Kunde ausschließt. Dieses aber sind Ausnahmen, welche die Regel, daß ein solcher Beweis gegen andere Arten von Kundmachungen richterlicher Verordnungen, welche keine Zustellungen zu eigenen Händen sind, Statt finde, bekräftigen. Denn wenn jede Art von Kundmachung mit der Zustellung in der Regel gleiche Wirkung haben sollte und könnte, wäre es nicht nothwendig gewesen, daß der Gesetzgeber dieses in den genannten zwey Fällen insbesondere und ausdrücklich verordnet hätte; hierzu fühlte er sich aber eben darum bewogen, weil es Ausnahmen sind. Dafür sprechen aber auch noch jene Gesetzstellen [1]), welche verordnen, daß die Pfandgläubiger und alle, welche ein dingliches Recht an der in Concurs oder in Execution gezogenen Sache haben, wie z. B. der Lehnsherr, ungeachtet der gehörig kund gemachten Convocations- und Feilbiethungsedicte durch Zustellung der richterlichen Verfügung zu eigenen Händen, oder zu Handen ihrer Sachwalter und Bevollmächtigten zu verständigen seyen. Denn eben hierdurch beurkundet der Gesetzgeber, daß er den Edicten keineswegs die rechtliche Kraft beygelegt habe, gleich einer Zustellung zu eigenen Händen eine jeden Gegenbeweis ausschließende Vermuthung der erlangten Wissenschaft zu wirken. Der §. 2 des a. b. G. B. stößt diese Behauptung keineswegs um; wenigstens lassen sich nicht unwichtige Gründe gegen die Meinung [2]) anführen, „daß alle Gründe, welche für die Anordnung des §. 2 des a. b. G. B. sprechen, nicht nur von eigentlichen, allgemeinen, sondern auch von besondern Gesetzen und Befehlen gelten, die von dem Gesetzgeber, oder in dessen Namen von Obrigkeiten oder Gerichtshöfen ent-

---

[1]) Hofdecret vom 4. July 1794, Z. 183 a, b. — Hofdecret vom 20. July 1810, Z. 906. — Hofdecret vom 27. October 1815, Z. 1816.

[2]) v. Zeiller, im Commentar des b. G. B. 1. Bd., S. 30. 4). Nippel, in Erläuterung des b. G. B. 1. Bd., S. 47 ad §. 2, 5).

weder für alle, die sich in einem bestimmten Rechtsverhältnisse befinden, öffentlich, (wie z. B. durch Edictalvorladungen in Concursfällen, durch Amortisirungsedicte), oder durch besondere in der gesetzlichen Art geschehene Vorladungen oder Zustellungen (wie z. B. der Prozeßschriften, der Urtheile ꝛc.) bekannt gemacht werden." — Denn zwischen Gesetzen und richterlichen Verordnungen, Befehlen, Entscheidungen oder Vorkehrungen ist ein großer Unterschied, welcher keine Analogie zuläßt. Es liegt nämlich allein in dem Umfange der gesetzgebenden Gewalt, Gesetze zu geben; der richterlichen und vollziehenden Gewalt steht es bloß zu, die vorhandenen Gesetze auf vorliegende Fälle anzuwenden und zur Vollziehung zu bringen. Edicte und öffentliche Kundmachungen aller Art, welche durch Gerichtsbehörden beschloßen und zur Ausführung gebracht werden, sind keine Gesetze, sondern bloße Aeußerungen der richterlichen und executiven Gewalt. Ja selbst die Kundmachung wirklicher Gesetze liegt ordentlicher Weise nach der in Oesterreich bestehenden Verfassung nicht in dem Wirkungskreise der Gerichtsstellen, sondern in jenem der politischen Behörden. Man kann also nicht behaupten, gleichwie nach §. 2 des a. b. G. B. nach geschehener gehöriger Kundmachung eines Gesetzes sich Niemand damit entschuldigen kann, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sey; wäre dieses auch mit einem vom Gerichte gehörig kundgemachten Edicte der Fall, und Niemand könne zum Beweise zugelassen werden: daß ihm dasselbe überhaupt nicht, oder erst in einer spätern Zeit (also durch eine gewisse Zeit nicht) bekannt geworden sey [1]).

Es ist also der von dem präcludirten Gläubiger gelieferte Beweis, daß ihm die Eröffnung des Concurses und die Edictalcitation der Gläubiger, oder der unbenützt gebliebene Verlauf der bestimmten Frist während des ganzen Liquidations-Termines unbekannt geblieben sey, allerdings zuläßig. Wie dieser Beweis zu führen sey, gehört nicht in den Umfang dieser Ab-

---

[1]) Pratobevera a. a. O. S. 166 u. ff.

handlung, daher nur die kurze Bemerkung, daß er sich nach jedem besondern Falle richten wird, häufig schwer und ein künstlicher seyn dürfte, — jedoch vielleicht auch durch den Eid des Restitutionswerbers geliefert werden könnte, da ja auch die §§. 48 und 54 der a. G. O. in Ermanglung standhafter Behelfe durch den Eid den Beweis über das nicht geflissentliche Verschweigen der angebrachten Neuerungen herzustellen erlauben [1]). Um jedoch die Einsetzung in den vorigen Stand zu begründen, muß dieser Beweis gemäß §. 372 a) der a. G. O. zugleich enthalten, daß die Frist ohne sein Verschulden unbenützt verstrichen ist. Der präcludirte Gläubiger kann demnach sein Restitutionsgesuch mit dem doppelten Beweise begründen: a) entweder daß ihm die Eröffnung des Concurses und die Aufforderung der Gläubiger des Cridatars zur Anmeldung ihrer Forderungen ohne sein Verschulden während des Liquidations-Termines unbekannt geblieben, also erst nach dieser Frist bekannt geworden sey, wodurch zugleich erwiesen ist, daß dieser Termin ohne sein Verschulden verfloß, — oder: b) daß, da er die Eröffnung des Concurses und die Gläubigeraufforderung allerdings in Erfahrung gebracht, der Liquidations-Termin nur ohne sein Verschulden unbenützt verflossen ist. Unter die in letzterer Hinsicht möglichen Fälle gehören noch folgende zwey besondere, nämlich: α) wenn dem Präcludirten durch diese Zeit ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist, daß ihm irgend ein Recht gegen den Cridatar oder die Concursmasse zustehe; — β) wenn die Präclusion für ihn aus dem Verschulden seines Sachwalters entstanden ist, während er selbst das Nöthige veranlaßt hat, damit seine Forderung angemeldet und förmlich liquidirt werde [2]).

Was nun die Frage betrifft, wie lange der Restitutionswerber mit diesem Beweise gehört werden müsse, ist nach dem

---

[1]) Pratobevera a. a. O. S. 180.

[2]) §. 372, b) der a. G. O. und Patent vom 13. September 1787, Nr. 719.

Vorausgeschickten die Antwort dahin zu ertheilen, daß das Recht zum Ansuchen der Restitution an eine Dauer von vierzehn Tagen gebunden sey. Da jedoch, obgleich in der Regel die Präclusion und daher auch das Recht zur Restitution gegen dieselbe schon unmittelbar nach dem Verlaufe der Anmeldungsfrist entstanden zu seyn pflegt, das Entstehen dieses Rechtes mit Hinsicht auf sein Erlöschen von jenem Augenblicke an gerechnet werden muß, da der Verkürzte in die Kenntniß der verabsäumten Frist gelangte: so ist die Dauer dieses Rechtes, und daher auch der Zeitpunkt seines Aufhörens sehr verschieden, und in dem Augenblicke, als es geltend gemacht werden muß, kann das Concursverfahren von seinem Abschluße bald mehr, bald weniger fern seyn. An die Dauer von vierzehn Tagen nach Ablauf des unbenützt gebliebenen Termines ist es aber nur dann gebunden, wenn sogleich nach dessen Ablaufe der Verkürzte in die Kenntniß desselben gelangte, somit dieses Recht für ihn (mit der Verbindlichkeit es auszuüben, wenn es nicht unbenützt erlöschen solle) schon in diesem Augenblicke entstanden war. Jene vierzehn Tage, welche unmittelbar auf den Liquidationstermin folgen, sind also nicht der einzige Zeitpunkt im ganzen Concursprozesse, wo die Restitution gegen die unbenützt verfloßene Anmeldungsfrist angesucht werden darf, und es braucht daher Jener, dessen Recht zur Restitution erst später wirksam geworden ist, keiner Restitution zur Restitution, welche ohnehin nach unsern Gesetzen eben so unzuläßig, als der Natur dieses Rechtsmittels nach widersinnig wäre. Obwohl nun, je später der Verkürzte die Präclusion in Erfahrung brachte, sein Recht, die Einsetzung in den vorigen Stand zu begehren, ebenfalls später erlischt; so kann dieses doch nicht ohne Gränzen dauern, indem sonst der Zweck der Aufforderung der Gläubiger zur Liquidation, und die Festsetzung eines Termines hierzu ganz verfehlt würde. Hat diese Gränzen nun auch das Gesetz nicht auf positive Weise festgesteckt, so sind sie dennoch nicht zu verfehlen. Sie ergeben sich aus der Natur und dem Begriffe der Restitution mit Hinsicht auf das Concurs-Verfahren von

selbst. Bereits oben wurde gesagt, daß, soll dem Restitutionsbegehren Statt gegeben werden, die Restitution, d. h. die Wiederherstellung der Sache in die frühere Lage, in der sie sich in der fruchtlos abgelaufenen Frist befand, möglich[1]) seyn müsse. Die Restitution hat nun den Zweck, den durch die Präclusion entstandenen Nachtheil, Ausschließung des Gläubigers von den in den Concurs gezogenen Gütern seines Schuldners abzuwenden; sie kann daher nur in einem Zeitpunkte Statt finden, wo es noch möglich ist, an der Concursmasse Theil zu nehmen, indem das den Cridagläubigern nur provisorisch eingeräumte Recht an derselben noch nicht in ein definitives übergegangen ist. So lange das Liquidationsverfahren auch nur gegen einen einzigen Gläubiger noch dauert, das Concursvermögen noch zu Handen sämmtlicher Gläubiger verwaltet wird, und noch keinem derselben an der Concursmasse auf seine ihm zuerkannte Forderung ein bestimmter Theil zugewiesen ist, bleibt es ohne Zweifel möglich, den Präcludirten in die Lage zu versetzen, seine Forderung gegen die Concursmasse anmelden und klagbar ausführen zu können. Denn eigentlich ist der gesammte Concursproceß, was die liquidirenden Gläubiger betrifft, noch in derselben Lage, in welcher er sich während des Anmeldungstermines befand: diese ändert sich erst dann, wenn der Concursmasse-Vertreter mit allen Gläubigern liquidirt hat, und sämmtliche Liquidations-Prozesse durch Urtheil entschieden sind, und es nun gemäß §. 13 der allgemeinen C. O. zur Classification der Gläubiger kömmt. Denn so wie die Classification von dem Richter verfaßt, das Classifications-Urtheil geschöpft ist, und an alle Interessenten die dießfälligen Zustellungen erfolgt sind, haben die Gläubiger, welche mit ihren Forderungen zur gänzlichen oder theilweisen Zahlung gelangen, ein Recht an einen bestimmten Theil der Concursmasse erlangt, wodurch, wiefern die ganze Masse erschöpft wird,

---

[1]) Wenn man lieber will „thunlich" im Gegensatze von deren rechtlicher Zulässigkeit.

alle weitern bisher nicht angemeldeten und geltend gemachten Ansprüche ausgeschlossen werden. In diesem Zeitpunkte ist eine Restitution des Präcludirten zur neuerlichen Anmeldung seiner Forderung unmöglich, weil der Stand des Concursprozesses eine solche Wiederherstellung der frühern Lage für den Präcludirten ohne Verletzung der von den Cridagläubigern bereits durch das Classifications-Urtheil erworbenen Rechte nicht duldet; — die vorhandene Cridamasse ist nicht mehr neuen Ansprüchen zugänglich, weil sie schon ein Gegenstand der Erwerbung bestimmter Personen geworden ist. Daß das Classifications-Urtheil in der That den Gläubigern ein Recht auf den ihnen zugewiesenen Theil des Cridavermögens ertheilt, folgt daraus, weil nach §. 28 der allgem. C. O. derjenige, welcher sich durch dieses Urtheil beschwert erachtet, nicht die Appellation dagegen ergreifen kann; sondern, wenn er glaubt, daß er hätte sollen in eine bessere Classe gesetzt werden, oder daß andere Gläubiger in eine weniger gute Classe hätten gesetzt werden sollen, er eine Klage anstellen muß, aber nicht gegen den Concursmasse-Vertreter, sondern gegen jene Gläubiger, denen er vorgesetzt werden, oder welche er zurückgesetzt wissen will. Wenn das Gesetz nun nicht erkennte, daß diese Gläubiger durch jenes Urtheil bereits Rechte erworben hätten; so könnte es auch nicht verordnen, daß diese Gläubiger von jenen, welche sich beschwert fühlen, belangt werden müßten. Hätten sie keine Rechte erworben; so bedürfte es keiner Klage gegen sie, sondern es müßte die Appellation oder sonst ein Rechtsmittel wider das Urtheil, und zwar gegen den Massavertreter erhoben werden können. Was vordem Interesse der Gesammtheit war, ist jedoch nun zur Angelegenheit der Einzelnen geworden. Eine Restitution wäre nur mit Einwilligung aller Einzelnen, und mit Verzichtleistung auf ihre bereits erworbenen Rechte möglich; so lange aber der Concursrichter noch kein Classifications-Urtheil geschöpft, den einzelnen Liquidanten noch keinen bestimmten Theil der Concursmasse zugewiesen hat, kann er mit alleiniger Vernehmung des Concursmasse-Vertreters, welcher die

provisorischen Rechte der Gläubiger an der Concursmasse allerdings mit zu vertheidigen hat, über das Restitutions-Gesuch erkennen, und durch Bewilligung der Restitution werden noch Niemandens Rechte verletzt. Nicht einmahl der Massavertreter kann sich in diesem Zeitpunkte verletzt fühlen, weil, so lange auch nur ein Liquidations-Prozeß noch schwebt, sich das Ende der Concurs-Verhandlung gar nicht absehen läßt, und es immer möglich bleibt, daß die über eine präcludirte Post einzubringende Liquidations-Klage eher ihrer Beendigung zugeführt werde, als eine andere vor langer Zeit begonnene. Der Massevertreter kann daher nicht einmahl die Einwendung machen, daß durch den nach der Restitution erst anhängig zu machenden Liquidations-Prozeß der ganze Concurs auf weit hinaus verlängert werde, was, wenn es übrigens auch wirklich der Fall wäre, kein gültiger Grund ist, eine Einsetzung in den vorigen Stand, welche die Gesetze gestatten, zu verweigern.

Das für einen präcludirten Gläubiger entstandene Recht, die Restitution zu begehren, erlischt, wenn nicht früher, sobald das Classifications-Urtheil erfolgt; über diesen Zeitpunkt hinaus kann seine Dauer sich nicht erstrecken [1]. Daß dieses Recht schon mit der erfolgten Zustellung des Classifications-Urtheils erlischt, dürften folgende Gründe rechtfertigen. Die Classification wird zwar erst nach Verlauf von 30 Tagen für die Classificirten zum wirksamen richterlichen Spruche, wenn innerhalb dieser Frist sich über dieselbe zwischen ihnen kein Streit erhebt [2]. Man kann aber darum nicht sagen, daß dieselbe im Allgemeinen erst nach diesem Zeitpunkte in Rechtskraft erwachse. Für alle Fremden, die nicht Concursgläubiger sind, ist sie vom Augenblicke ihrer Kundmachung, (welche hier durch die Zustellung derselben an den Vertreter und Verwalter der Concurs-

---

[1]) Dieser Meinung pflichten auch die Lehrer des gemeinen deutschen Prozesses bey, namentlich Trütschler a. a. O. (2. Abschnitt, 2. Abtheil. §. 4.)

[2]) Allgem. G. O. §. 28.

masse, und an die Gläubiger geschieht), ein gültiger richterlicher Act, welcher ein ihre Ansprüche ausschließendes Präjudiz bildet. Sie können dieselbe weder auf irgend eine Art direct bekämpfen, noch sonst deren Wirksamkeit hemmen oder vereiteln. Denn zu den Wirkungen der zugestellten Classification gehört es, daß jene Gläubiger, welche unter denjenigen, deren Forderungen liquid erkannt wurden, zur Zahlung gelangen, nunmehr an einem (wenn auch nur numerisch) bestimmten Theile der Concursmasse ein definitives Recht erlangen, welches sie wohl selbst sich gegenseitig innerhalb der nächsten dreyßig Tage nach kundgemachter Classification bestreiten können, ihnen aber kein Dritter, der bisher an dem Concurse keinen Theil genommen, streitig machen kann. Ferner erlischt mit der an den Concursmasse-Vertreter erfolgten Zustellung der Classification dessen curatorische Gewalt. Denn wird er auch zuletzt noch mit dem Concursvermögens-Verwalter, dem Creditoren-Ausschusse, dem Cridatare oder seinen Erben in Erledigung des von dem Vermögens-Verwalter überreichten Finalberichtes rathschlägig über die Beendigung des Concurses verständigt, und erklärt auch das Gesetz [1]) hierdurch erst die Wirksamkeit der erstern erloschen; so folgt doch aus der Bestimmung des Concursmasse-Vertreters, aus dem Zwecke seiner Aufstellung, daß seine Wirksamkeit de facto schon dann erloschen sey, wenn er mit allen angemeldeten Gläubigern liquidirt hat, — de jure aber dann, wenn der Concursrichter durch Schöpfung und Kundmachung der Classification auf mittelbare Weise erklärt hat, es seyen alle Liquidationsprozesse beendigt, und über die angemeldeten Ansprüche aller Gläubiger erkannt worden, weil nur unter dieser Voraussetzung der Concursrichter zur Classification schreiten kann. Hat nun aber diese letztere die angedeutete doppelte Wirkung; so kann auch selbst in formeller Hinsicht von einer Einsetzung in den vorigen Stand zur Anmeldung neuer Forderungen keine Rede seyn. Der Restitutionswerber kann nämlich

---

[1]) Hofdecret vom 1. October 1808, Nr. 862.

sein Restitutionsgesuch nun nicht mehr gegen den Vertreter der Concursmasse anbringen, weil dessen Wirksamkeit erloschen ist, da er aufgehört hat, der Vertreter einer Masse zu seyn, die der Vertretung nicht mehr bedarf, seitdem sie nach bestimmten Theilen den zur Zahlung gelangenden Concursgläubigern zugewiesen worden ist. Ein solches Gesuch müßte daher auch der Richter zurückweisen, ohne erst hierüber eine Verhandlung anzuordnen. Denn da der in Frage stehende Fall der Einsetzung in den vorigen Stand wesentlich verschieden ist von einer Restitution im eigentlichen Prozeßverfahren, welche letztere lediglich die allgem. G. O. im 34. Capitel im Auge hat; so können die für diese letztere Art der Restitution gegebenen Vorschriften auf die fragliche Restitution nur insoweit eine gültige Anwendung finden, als es die natürliche Beschaffenheit des Restitutionsfalles zuläßt. Es kann daher weder das Hofdecret vom 30. September 1785, Z. 475, noch das Patent vom 1. July 1790, Z. 31, dagegen eingewendet werden, weil beyde einen eigentlichen Prozeßgegner, und ein Verfahren in der Hauptsache voraussetzen, welches Hauptverfahren lediglich durch ein solches Einsetzungsgesuch gehemmt werden könnte. In dem in Frage gestellten Falle fehlt es dem Restitutionswerber, wie gezeigt wurde, wirklich an dem Gegner; so wie auch, da in Betreff seiner das Verfahren in der Hauptsache erst eingeleitet werden soll, dasselbe noch gar nicht existirt, und nach erfolgter Schöpfung des Classifications-Urtheiles kein solcher richterlicher Act mehr übrig ist, der Verfahren in der Hauptsache zu nennen wäre. Auch würde es in der That nur zu endlosen Verzögerungen in Beendigung eines Concurses Gelegenheit geben, wenn über ein so verspätetes Restitutions-Gesuch noch eine Verhandlung angeordnet werden müßte; und es wäre einem boshaften Cridatare, welcher sich dießfalls nur mit wahren oder falschen Gläubigern einzuverstehen brauchte, eben so wie rachsüchtigen Gläubigern, welche keine Aussicht haben, zur Zahlung zu gelangen, das Mittel an die Hand gegeben, alle Prozeßvorschriften unnütz zu machen, und allen Gesetzen zum

XXXIII.

Kurze Darstellung der Vermögensstrafen bey Polizey-Vergehen mit Rücksicht auf die a. h. Entschließung vom 23. Juny 1835.

Vom

Herrn Melchior Ratzenhofer,

Concepts-Beamten der k. k. Polizey-Ober-Direction.

Werfen wir einen Blick auf jene gesetzlichen Bestimmungen, welche bisher die Polizey-Vergehen sanctioniren; so finden wir im befriedigenden Einklange mit dem Strafgesetzbuche II. Theil Geld und Arreststrafen, körperliche Züchtigung und den Verlust von Rechten und Befugnissen als Hauptstrafen angewendet.

Allein die Geldstrafen, von denen in diesem Aufsatze vorzüglich, von den übrigen nur des innigen Zusammenhanges wegen die Rede ist, — sind theils in Wiener Währung, theils in Reichsthalern, theils in Conventions-Münze ausgesprochen.

Mit a. h. Entschließung vom 23. Juny 1835 wurde jedoch angeordnet: daß „die in dem I. und II. Theile des Strafgesetzes vorkommenden Geldbeträge auch für die Provinzen, in welchen Papiergeld in

Umlauf ist, auf den vollen in dem Gesetze ausgedrückten Betrag in Conventions-Münze festzusetzen seyen," — die Rückwirkung dieses a. h. Erlasses wie immer auf frühere Fälle untersagt, und bestimmt, daß derselbe mit 1. August 1835 in Wirksamkeit zu treten habe.

Der Ausdruck „Geldbeträge" bezieht sich nun mit Rücksicht auf den I. Theil des St. G. a) auf die §§. 153, 154 II., 155 II., 156 II., 159, 161, 162, 163, 164, 166 b, 179 und 182, worin jene Summen ausgesprochen sind, welche bey dem Vorhandenseyn der übrigen Merkmahle zu einem bestimmten Verbrechen, den Thäter — Mitschuldigen — Theilnehmer zur criminellen Behandlung eignen, oder einer höhern Criminalstrafe unterwerfen; b) auf die §§. 526 bis 539, wo von den Gerichtskosten gehandelt wird; — mit Rücksicht auf den II. Thl. des St. G., in welchem die bey Verbrechen unanwendbaren Vermögensstrafen ihren angemessenen Platz finden, bezieht sich der Ausdruck „Geldbeträge" a) auf alle jene (56) Paragraphe des ersten Abschnittes, worin solche Geldstrafen verhängt werden, — b) auf die §§. 444 — 451 des zweyten Abschnittes, die analog mit dem I. Thl. des St. G. die Gerichtskosten betreffen.

Die angeführte a. h. Entschließung ruft nun die Frage ins Leben: „ob, und welchem Anstande dürfte es unterliegen, die Umänderung der Geldstrafen in Conventions-Münze auch bey Polizey-Vergehen einzuführen," worüber noch keine gesetzliche Bestimmung erfolgt ist, deren Beantwortung jedoch, bey der nicht mehr so ferne stehenden Zeit der gänzlichen Einlösung der Wiener Währung gewiß von praktischem Nutzen seyn dürfte.

Im Allgemeinen könnten wohl folgende Gründe für diese Umänderung sprechen:

1.) Einfachheit und Conformität der Strafe zu erreichen, ist das unverkennbare Streben einer geläuterten Strafrechts-

theorie, diesen Grundsatz hat sich unsere weise Gesetzgebung besonders in der neuesten Zeit stets zum Ziele gesetzt.

2.) Besteht zwischen vielen Polizey-Vergehen und schweren Polizey-Uebertretungen eine auffallende Analogie, diese fordert schon a priori zu einer analogen Strafsanction auf.

3.) Ist diese analoge Behandlung auch durch die hohen Regierungs-Verordnungen vom 30. September 1806 und 12. Juny 1812 zum Gesetze geschaffen, und

4.) wurden wirklich bereits mehrere Polizey-Vergehen mit Geldstrafen in Conventions-Münze verpönt, wie z. B. die Nichtbeobachtung des Fastengebothes (Regierungs-Verordnung vom 1. May 1828), das Abhalten einer Tanzunterhaltung zur unerlaubten Zeit (Regierungs-Verordnung vom 20. September 1826, und 29. May 1827).

Als Grundlage der genaueren Beantwortung der obigen Frage ist jedoch die Eintheilung der Polizey-Vergehen vorauszuschicken nothwendig, die aus den verschiedenen gesetzlichen Strafbestimmungen hervorgeht.

Es gibt nämlich:

1.) Polizey-Vergehen, welche mit arbiträren Geldstrafen verpönt werden;

2.) solche, bey welchen die Pönfälle der Ziffer nach genau ohne Abstufung bestimmt sind;

3.) Polizeyvergehen, auf welche Geldstrafen unter Anführung von Endpunkten verhängt wurden.

Polizey-Vergehen der ersten Gattung sind z. B.: Uebertretungen gegen die Vorschriften in Betreff der Ordnung und Anständigkeit bey Badeanstalten (Regierungs-Verordnung vom 25. December 1811 und vom 16 April 1812), Uebertretungen von Censurs-Vorschriften in Betreff nicht der Censur vorgelegter mit bildlichen Darstellungen versehener Stoffe (Polizey-Hofstell-Decrete vom 10. Februar 1822 und 30. Juny 1831),

Abhalten eines Maskenballes ohne Erlaubniß (Regierungs-Verordnung vom 1. Jänner 1824) u. s. w.

Bey solchen Polizey-Vergehen dürfte die fragliche Umänderung keinem Anstande unterliegen, hier kann die beurtheilende Behörde die zu verhängende Geldstrafe ganz den Vermögensverhältnissen, der Erwerbsfähigkeit, dem Grade der größern oder geringern culpa anpassen, und sie wird sich bey genauer Erwägung dieser Umstände und Berücksichtigung des gesetzlich bestimmten Verhältnisses zwischen Wiener Währung und Conventions-Münze nie den Vorwurf der Härte oder zu großer Milde machen dürfen, es mag die Geldstrafe in dieser oder jener Valuta bestimmt werden.

Es ist jedoch eine andere Frage: soll man arbiträre Strafen noch fortan bestehen lassen? — und hierüber glaubt man sich negativ aussprechen zu müssen, und zwar aus folgenden Gründen:

1.) Um bey Beurtheilung dieser Polizey-Vergehen, die nicht selten einen ziemlich hohen Grad von Wichtigkeit erreichen, die dem Auge des Layen nicht auffällt, auch den Schein der Willkühr zu vermeiden;

2.) um den Uebertreter nicht in Ungewißheit zu lassen, welche Strafe er zu fürchten habe;

3.) um auch in diesem Zweige der Legislation der gewünschten Vollkommenheit näher zu rücken.

Bey Polizey-Vergehen der zweyten Gattung, wo die Geldstrafe der Ziffer nach in W. W. oder Reichsthalern ohne Bestimmung von Endpunkten ausgesprochen ist, wie z. B. in der Regierungs-Verordnung vom 7. August 1814, die Verheimlichung der Blatternfälle von Seite der Angehörigen betreffend, — in der Dienstbothen-Ordnung vom 1. May 1810, §§. 127, 130, 134 — worin die unberechtigte und ordnungswidrige Dienstbothen-Aufenthaltsgebung verpönt wird, — in er Regierungs-Verordnung vom 26. August 1800, in welcher

das Vermiethen der Gewölber und Gassenläden an Unberechtigte verbothen wird u. s. w., so wie

3.) bey jenen Polizey-Vergehen, welche mit Geldstrafen verpönt sind, die dem Beurtheilenden einen Zwischenraum vom Minimum ad Maximum der Strafe gestatten, z. B. nach Regierungs Verordnung vom 19. May 1813 die unterlassene Anzeige von Unglücksfällen von Seite der Aerzte und Wundärzte u. s. w. bringt sich, nachdem man die Zweckmäßigkeit einer Umänderung der Geldstrafen in Conventions-Münze nach den allgemeinen, oben ausgesprochenen Gründen zugegeben hat, die weitere Frage auf, „nach welchem Verhältnisse soll diese Umänderung geschehen?" denn, würde man nur die Valuta ändern, der Ziffer aber getreu bleiben; so dürfte dieß bey dem Umstande, daß der Geldwerth zwischen Wiener Währung und Conventions-Münze gesetzlich noch immer wie 2 : 5 ist, und dieß Verhältniß sich auch im bürgerlichen Verkehre so ziemlich aufrecht erhält, eine nicht zu erklärende Verschärfung der Geldstrafen bey Polizey-Vergehen hervorrufen, die insbesonders da, wo Endpunkte in der Strafbestimmung mangeln, sehr drückend fallen müßte. Wie fühlbar dieß schon bey den ähnlich bestimmten Geldstrafen im II. Thl. des St. G. B., z. B. dem §. 78 lit. b, c, d, dem §. 266 und anderer, seit der Wirksamkeit der a. h. Entschließung vom 23. Juny v. J. ist und auch früher war, wird jedem praktischen Geschäftsmanne bekannt seyn.

Allein bey diesen in schweren Polizey-Uebertretungen ohnehin wenigen Fällen kömmt diese Strenge in keinen Anbetracht gegen die wichtigen Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben dürften, in jenen Ländern, wo noch die Wiener Währung in Umlauf ist, alle im I. und II. Thl. des St. G. ausgesprochenen Summen im vollen Betrage in Conventions-Münze umzusetzen, denn:

1.) Werden hierdurch die in der Praxis sich nicht selten ergebenden Inconsequenzen und Schwierigkeiten bey der Be-

rechnung jenes Betrages, die eine strafbare Handlung zum Verbrechen qualificiren, vermieden;

2.) tritt durch diese Umsetzung in allen solchen zweifelhaften Fällen eine Milderung in der Anwendung des Straf-Gesetzes ein;

3.) gelten diese beyden Gründe auch von allen uneigentlichen[1]) schweren Polizey Uebertretungen, bey welchen ein bestimmter Geldbetrag — aus der strafbaren Handlung selbst ersichtlich, oder Resultat der Schätzung des beabsichtigten Gutes — als Basis der weitern Beurtheilung erforderlich ist, so, bey dem Diebstahle, der Veruntreuung, dem Betruge, als schwere Polizey-Uebertretung;

4.) aus dem innigen Zusammenhange aller Bestimmungen des Strafgesetzes folgt demnach von selbst, daß diese Umänderung in Conventions-Münze auch bey den im II. Theil ausgesprochenen Vermögensstrafen angewendet werden muß, obschon sie bey einzelnen Paragraphen, denen Endpunkte in der Ausmessung der Strafe mangeln, den Anschein einiger Strenge zur Folge hat. Daß übrigens auch diese unbedeutenden Gebrechen, diese Mißverhältnisse gegen die übrigen Vermögensstrafen, bey der ehestens anzuhoffenden Reform unserer Strafgesetze glücklich gehoben werden, dafür bürgt uns die bewährte legislative Weisheit unseres milden Monarchen.

Die so eben angeführten Gründe finden jedoch bey den Polizey-Vergehen keine Anwendung, bey einer Umgestaltung des über dieselben bestehenden Straffystems dürfte daher die nicht im Geiste der Gesetzgebung liegende Härte vermieden, und der Grundsatz im Auge behalten werden, daß im Allgemeinen nicht die Strenge oder relative Größe der Strafe, sondern die Gewißheit, nicht ungestraft zu bleiben, das Hauptabhaltungsmittel von allen Uebertretungen bilden soll.

---

[1]) Siehe Regierungsrath und Prof. Kudler's Erklärung des St. G. II. Thl.

Diese Betrachtungen führen uns auf den weiteren Wunsch, daß dann auch die bey Polizey-Vergehen der Ziffer nach ohne Abstufung bestimmten, vorzüglich aber die in Reichsthalern ausgesprochenen Geldstrafen, die ohnehin nur als Rechnungsmünze zu 1 fl. 30 kr. üblich, und veraltet sind, ganz aufhören, und daß bey allen mit Geldstrafen verpönten Polizey-Vergehen, diese mit Festsetzung von Endpunkten ausgesprochen werden möchten, innerhalb welcher der beurtheilenden Behörde, zur gehörigen Würdigung der obwaltenden Milderungs- oder Erschwerungsgründe, ein zweckmäßiger Raum bleibe.

Das uns wie immer auch hier als Leitstern dienende Strafgesetz über schwere Polizey-Uebertretungen befolgt diese schon in der Strafrechts-Philosophie gegründete Bemessung mit Ausnahme der Paragraphe 66, 69, 78, 79, 80, 106, 120—122, 139, 144, 204, 266, in allen andern 43 Fällen, in denen Vermögensstrafen vorkommen.

Das Verhältniß nun, nach welchem die Endpunkte der über Polizey-Vergehen zu verhängenden Strafen überhaupt festgesetzt werden sollen, scheint der in der Regierungs-Verordnung vom 30. September 1806 vorkommende Grundsatz deutlich und allgemein auszusprechen. Er lautet:

„In Hinsicht der zu verhängenden Strafen ist von dem Grundsatze auszugehen, daß die Strafe immer geringer, als der kleinste Grad jener Strafe zu bemessen sey, welcher nach Vorschrift des II. Thls. des St. G. hätte verhängt werden müssen, wenn das Vergehen die Eigenschaft einer schweren Polizey-Ubertretung gehabt hätte.“

Demnach wäre die höchste Geldstrafe bey Polizeyvergehen 5 fl. — die längste Dauer des Arrestes drey Tage — das Maximum der körperlichen Züchtigung zehn Streiche.

Allein, daß dieser Grundsatz nicht allgemein anwendbar

ist, und geändert zu werden verdient, dürften folgende Bemerkungen anschaulich machen:

1.) Kommen Polizey-Vergehen mit so vielen erschwerenden Umständen vor, daß bey der Fruchtlosigkeit der früheren Abstrafungen eine größere Strenge im Interesse der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Ruhe eintreten muß. Ein energisches Einschreiten von Seite der Strafgewalt kann nicht anders als segensreiche Folgen für Moralität, Ordnung und Sicherheit nach sich ziehen, weil sie mit mächtiger Hand die im trüben Irrlichtsscheine einer unzeitigen Duldung erwachsende Gelegenheit zu künftigen strafbaren Handlungen niederhält. — Ich will hier nur auf das nächtliche Offenhalten der Schänken über die gesetzliche Zeit, — auf die Mißbräuche der Tanzschulen, — der Haustheater, — der Maskenbälle erinnern.

2.) Kann bey Polizey-Vergehen, deren Wiederholung mit der Verdopplung der früheren Geldstrafe verpönt ist, diese eine unbestimmte Höhe erreichen, wodurch die Analogie mit schweren Polizey-Uebertretungen ganz aufgehoben ist.

3.) Werden mehrere Polizey-Vergehen nach den bereits bestehenden Verordnungen mit einer weit höheren Geld- und Arreststrafe, ja selbst mit dem Verluste des Gewerbes geahnet, welche letztere sich als eine der empfindlichsten Strafen im II. Thl. des St. G. darstellt. (s. Regierungs-Verordnung vom 1. May 1828 u. a. m.)

4.) Endlich ist ja jener Grundsatz nur provisorisch aufgestellt: denn es heißt in dem ofterwähnten Hofkanzley-Decrete vom 14. März 1806: „bis über das Verhältniß der Strafen nach den Stufen der Uebertretung etwas Näheres bestimmt werden wird."

Nach der nun anerkannten Nothwendigkeit bey Polizey-Vergehen höhere Strafen als Maximum festzusetzen, dienen uns wieder die Paragraphe 160, 173, 174, 178 und 183 des II. Thls. des St. G., so wie die bisher über jedes einzelne

Polizey-Vergehen erlassenen Strafgesetze als Leitfaden, nach welchen zwischen den bestehenden, und für die Zukunft bey Polizey-Vergehen in Antrag zu bringenden Strafbestimmungen nach den Endpunkten, — dann zwischen den Geldstrafen in Conventions-Münze, den Arreststrafen und der körperlichen Züchtigung unter sich ein richtiges Verhältniß aufzustellen nicht schwer fallen dürfte.

In den angezogenen Paragraphen des II. Thls. des St. G. ist eine Geldstrafe von 5 — 25 fl. dem einfachen Arreste von drey Tagen bis zu einer Woche, eine Geldstrafe von 50 fl. dem Arreste von vierzehn Tagen, eine Geldstrafe von 100 fl. endlich dem Arreste von einem Monath gleich gesetzt, — bey der Durchgehung der über Polizeyvergehen bis nun festgesetzten Strafen aber 100 fl. als die größte Geld-, 25 Tage als die größte Arreststrafe aufgestellt; es würden demnach im Einklange mit dem II. Thl. des St. G. und der versuchten Deduction für meinen Antrag folgende Strafbestimmungen resultiren:

Höchste Geldstrafe	= 100 fl. C. M.,
längster Arrest	= 1 Monath,
stärkste körperliche Züchtigung	= 15 Streiche.

Diese Strafbestimmungen, angewendet auf alle drey eben angeführten Gattungen der Polizey-Vergehen würden mit gehöriger Berücksichtigung der Wichtigkeit der Vergehen und der bisher angedeuteten Strafen, — nach welchen Bestimmungen bey den verschiedenen Vergehen, deren Endpunkt mehr oder minder weit hinausgerückt werden müßte — die Strenge nicht vergrößern, Harmonie und Folgerichtigkeit erzwecken, und nach dem Vorhandenseyn der überwiegenden Erschwerungs- oder Milderungsumstände eine dem Geiste der Humanität zusagende Abstufung zulassen.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß auch bey den Polizey-Vergehen eine Straf-Abänderung nach Analogie des §. 23 II. Thls. d. St. G. a) b) und c), einzutreten habe, da, wie schon

erwähnt, eine analoge Behandlung beyder Zweige der Strafgesetzgebung angeordnet ist, und auch dieselben Gründe einer Abänderung der Strafe bey Polizey-Vergehen Statt finden können.

Von der kühnen Idee weit entfernt, diesen schwachen Versuch einer Umgestaltung des über Polizey-Vergehen bestehenden Straf-Systemes auch nur als einen Beytrag der künftigen Gesetzgebung unterbreiten zu wollen, sey es mir vergönnt, am Schlusse dieser Abhandlung in der nachfolgenden Tabelle einige Beyspiele anzuführen, aus welchen der Antrag der Strafbestimmungen im Vergleiche mit den gegenwärtig geltenden klarer hervortreten dürfte.

Polizey-Vergehen.	Gegenwärtige Strafe.	Antrag.
Ausscheiben von Effecten auf öffentlichen Kegelbahnen. Regierungs-Vdg. vom 27. December 1826	Arbitrare Geldstrafe an den Spielern und Kegelbahn-Inhabern	2 — 20 fl. C. M. 1 — 8 Tage Arrest
Blatternverheimlichung von Seite der Angehörigen. Reggs.-Vdg. vom 7. August 1814	3 fl. W. W.	1 — 5 fl. C. M. 1 — 3 Tage Arrest
Dienstbothen-Unterstandgeben, unberechtigtes oder ordnungswidriges. Ges.-Ordn. vom 1. May 1810, §§. 127, 130, 134	3 Thaler	1 — 5 fl. C. M. 1 — 3 Tage Arrest
Exceß, häuslicher oder öffentlicher, Störung der nächtlichen Ruhe, Trunkenheit. Analog §§. 163, 267, 269, II. Thl. d. St. G. Hofdecr. vom 30. September 1806	arbitrare körperliche, oder Geldstrafe	2 — 10 fl. C. M. 1 — 8 Tage Arrest 6 — 12 Ruthen- oder Stockstreiche
Gewölbe- oder Gassenläden-Vermiethung an Unberechtigte. Reggs.-Vdg. vom 26. August 1800	1.) Vermiether, ½ jähriger Zins. 2.) Miether, 10 Reichsthaler	ad 1.) 10 — 100 fl. C. M. 3 Tage — 1 M. A. ad 2.) 5 — 50 fl. C. M. 3 — 14 T. Arrest
1.) Landkutscher-, 2.) Stellwagen-Inhaber, Expedition von Reisenden durch — ohne Passirschein. Hofdecret vom 14. April 1812, Regierungs-Vdg. vom 23. July 1834	ad 1.) 1. Fall 10 fl., 2. Fall 20 fl. W. W. ad 2.) 5 — 10 fl. C. M.	5 — 10 fl. C. M. 1 — 3 T. Arrest 5 — 10 fl. C. M. 1 — 3 Tage Arrest
Offenhalten einer Schänke über die erlaubte Zeit. Reggs.-Vdg. vom 1. Juny 1807 u. 23. November 1821	arbitrare Geld- oder Arreststrafe	1 — 50 fl. C. M. 1 — 14 T. Arrest Gewerbsverlust
Spielens, Gestattung des — mit Karten am Billard, Schankinhaber oder Unberechtigte. Reggs-Vdg. vom 16. May 1804	12 Reichsthaler	5 — 25 fl. C. M. 3 — 8 T. Arrest
Spiel-Patent, Unterlassung der Anheftung des — eodem	6 Reichsthaler	1 — 5 fl. C. M. 1 — 3 T. Arrest.

XXXIV.

Einige Bemerkungen über die Beweisführung durch Taufscheine in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Vom

Herrn Dr. Franz Xav. Haimerl,

k. k. o. ö. Professor der Rechte an der Prager, und Mitglied der juridischen Facultät an der Wiener Universität.

Der Gebrauch des Taufscheines, theils zum ordentlichen Beweise, theils und noch viel häufiger bloß zur summarischen Bescheinigung[1]) eines Umstandes, der darin bestätigt erscheint, ist so häufig und allgemein, daß es nicht ganz ohne Interesse seyn dürfte, die Taufscheine, als Beweismittel, und ihre Beweiseskraft etwas näher in's Auge zu fassen — und dieses Unternehmen möchte um so mehr als gerechtfertiget erscheinen, weil die in unseren Gesetzen vorkommenden Normen über die Beweisführung durch Taufscheine wirklich nicht alle Zweifel ausschließen[2]). Es ist jedoch nicht die Absicht, hier die

[1]) Daß einen solchen Unterschied auch unsere Gesetze, und selbst die über das gerichtliche Verfahren anerkennen, wird wohl Niemand in Abrede stellen. Diesen Unterschied zwischen Beweis und Bescheinigung berühren auch auswärtige Gesetze und durchaus die Prozessualisten in ihren Schriften.

[2]) Mutatis mutandis kann das hier Gesagte, wenigstens theilweise auch auf die Trauungs- und Todtenscheine angewendet werden. — Da übrigens die verschiedenen in Oesterreich derzeit geltenden Ge-

ganze Materie auf einmahl zu erschöpfen; sondern es sollen vorläufig nur einige Fragen berührt werden.

I.) Sind die Taufscheine, als solche, öffentliche Urkunden?

Der §. 112 der allg. G. O., der die öffentlichen Urkunden taxativ aufzählt, erwähnt der Taufscheine nicht insbesondere, sondern führt unter lit. f. nur die Geburtsbücher als öffentliche Urkunden auf, woraus denn die unmittelbare Folgerung hervorzugehen scheint, daß die Taufscheine qua tales keine öffentlichen Urkunden seyen. Eine nähere Betrachtung scheint eine solche Auslegung auch wirklich zu rechtfertigen; denn die Taufscheine sind nur Auszüge oder Abschriften aus den Taufbüchern; sie bilden bloß ein referens, welches wenigstens im Allgemeinen sine relato gar nicht beweiset. Dessenungeachtet ist die entgegengesetzte Ansicht die richtigere, und auch durch unsere positiven Gesetze anerkannt, wie gleich gezeigt werden soll.

1.) Der Geistliche, der bey uns mit der Führung der Matriken beauftragt ist, erscheint in dieser Beziehung zugleich als ein öffentlicher Beamter[1]) und die Ausstellung der Taufscheine auf Grundlage der Taufmatriken gehört zu seinen Amtsgeschäften. Wenn also auch die Taufscheine im §. 112 der G. O. nicht ausdrücklich und insbesondere genannt sind; so müssen sie doch dahin subsumirt werden, weil sie solche Urkunden sind, die von öffentlichen Beamten, die dazu eigens be-

---

richtsordnungen in diesem Punkte nicht von einander abweichen; so wird lediglich immer die a. G. O. citirt.

[1]) Die Verordnung des königl. böhmischen Guberniums vom 16. October 1834 erklärt mit Rücksicht auf das Hofdecret vom 9. November 1816 und die Appellations-Verordnungen vom 29. November 1804 und 15. Februar 1808 als Beamten nach dem Sprachgebrauche überhaupt denjenigen, der vermöge unmittelbaren oder mittelbaren öffentlichen Auftrages Geschäfte der Regierung zu besorgen hat.

rechtiget sind, in Amtssachen ausgestellt werden. Wahr ist es zwar, daß jene Beamten, die öffentliche Urkunden auszustellen berechtiget seyn sollen, nach den Hofdecreten vom 22. July 1784, 5. December 1812 und 17. Juny 1814 dieserwegen beeidiget werden müssen; — allein diese Beeidigung hat man bey Geistlichen von jeher nicht für nothwendig gehalten und man kann auch allerdings in ihre geistliche Würde das Zutrauen einer ordentlichen Pflichterfüllung setzen[1]). Dieser Einwurf würde übrigens in seiner Consequenz auch den Taufbüchern die Beweiseskraft als öffentlichen Urkunden entziehen, denen sie doch die G. O. zuspricht.

2.) Kann der Satz: referens sine relato nihil probat, obwohl im Allgemeinen richtig, doch auf Taufscheine angewendet, denselben ihre Beweiseskraft nicht im Geringsten schmälern oder entziehen, oder besser: der Satz leidet auf Taufscheine gar keine Anwendung. Denn wenn der Taufschein auch auf die Grundlage des Taufbuches hin ausgefertiget wird, weil darin die Daten enthalten sind, die in den Taufschein aufgenommen werden sollen, und wenn sich auch der Taufschein auf das Taufbuch beziehet oder auf das betreffende Folium verweiset; so ist doch der Taufschein in jeder Beziehung eine vollständige und selbstständige Urkunde, die Alles in sich enthält, was zur Gültigkeit desselben und zum Erweise dessen, worüber er ausgefertiget wurde, nothwendig ist[2]). Die Beziehung auf das Taufbuch geschieht nicht deßwegen, um dasselbe als einen Bestandtheil des Taufscheines zu bezeichnen und um letzteren daraus zu vervollständigen; sondern lediglich deßwegen, damit man allenfalls eine Verglei-

---

[1]) Vergl. auch Uihlein im Archive für die civilistische Praxis, 15. Bd., S. 44.

[2]) Der Taufschein ist nach dem königl. gal. Gubernial-Decrete vom 6. Juny 1820 (Goutta's G. S., 56. Bd., S. 365) ein wörtlicher Extract aus dem Taufbuche und muß mit dem Taufbuche genau übereinstimmen.

chung veranlassen könne. Der Taufschein kann sonach, weil er wörtlich dasselbe enthält, was im Taufbuche steht, nicht als bloßes referens angesehen werden, das sine relato nicht vollständig wäre und daher ohne jenes nicht bewiese. Es ist das relatum im referens schon ganz mit enthalten. Aehnliche Fälle kommen wohl mehrere vor — und man zweifelt nicht an der Beweiseskraft derley Urkunden. Hat es denn mit den Urkunden, welche den Parteyen auf Grundlage der Landtafel und Grundbücher hin ausgefertiget werden, ein anderes Bewandtniß?[1]) — Darum heißt es auch in dem Hofdecrete vom 7. October 1793 mit Recht: „Allen jenen Urkunden, welche von eigens berechtigten Beamten über Urkunden, welche in ihren Archiven, Registraturen, oder sonstigen öffentlichen Aemtern sich befinden, ordentlich ausgestellt werden, ist der volle Glaube beyzumessen[2]).“ Paßt dieses Gesetz nicht auch wörtlich auf Taufscheine? Oder sollte etwa das Pfarramt in dieser Beziehung nicht als öffentliches Amt angesehen werden können? Es ist aber

3.) zum beabsichtigten Beweise, daß Taufscheine, als solche, öffentliche Urkunden seyen, nicht einmahl nothwendig in derley Deductionen einzugehen; denn es nennen unsere Gesetze die Taufscheine ja selbst öffentliche Urkunden. Abgesehen von der Beziehung des §. 406 auf den §. 385 des St. G. B. I. Thls., wodurch auch Zeugnisse, die aus den Taufregistern gezogen werden, als öffentliche Urkunden erscheinen, werden im Hofdecrete vom 10. May 1820 die Taufscheine öffentliche pfarrliche Urkunden genannt; — das Hofdecret vom 17. Februar 1827 setzt im §. 1 die Todtenscheine

---

[1]) Vergl. Kopetzky in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehrsamkeit ꝛc. 1836, 4. Heft, in der Anmerkung zu Seite 198, am Ende; — dann insbesondere wegen der von Sensalen ausgestellten Schlußzetteln, Fischer's Handelsrecht, §. 140, S. 113.

[2]) Vergl. auch Pratobevera's Materialien, IV. Bd., S. 64 u. ff., §. XIII.

andern öffentlichen Urkunden gleich, was bey der gänzlichen Gleichheit des Grundes wohl auch bey Taufscheinen angenommen werden muß, und die dem Hofkanzleydecrete vom 12. August 1830 beygefügte Beylage eines königl. Gubernial-Decretes vom 6. Juny 1820[1]) erklärt die Taufscheine geradezu als öffentliche Urkunden, — Beweise genug für die hier vertheidigte Ansicht. Sind aber erwiesener Maßen die Taufscheine als öffentliche Urkunden für sich zu betrachten, dann wird sich auch leicht eine andere Frage beantworten lassen; die nämlich:

II. Kann der Product im Prozesse die Recognoscirung des Taufbuches begehren?

Jeder Partey steht es frey, ob sie die Urkunden, auf welche sie sich im Prozesse und in ihren Satzschriften beziehen will, im Originale, oder in einer (vidimirten oder einfachen) Abschrift legen wolle[2]). Diese Anordnung ist aus der Betrachtung hervorgegangen, daß es in vielen Fällen gefährlich seyn könnte, wenn die Parteyen ihre Originalien aus den Händen geben müßten. Die Begünstigung Einer Partey kann aber nicht auf Gefahr und Kosten der Andern ertheilt werden. Beyde Theile sollen im Prozesse gleich gehalten werden, ohne der Sicherheit der Rechtsdurchsetzung Abbruch zu thun. Man kann demnach dem Producten nicht zumuthen, daß er sich lediglich mit der von dem Producenten zu den Acten gebrachten Abschrift begnüge, man muß ihm vielmehr die Möglichkeit offen halten, sich die Ueberzeugung verschaffen zu können, daß die gelegte Abschrift, als eine bloße Nachbildung des Originals, diesem auch getreu und gleichlautend sey. Und das Mittel dazu ist ihm in dem Rechte gegeben, in allen Fällen, wo Abschriften von Urkunden gelegt wurden, wodurch gegen ihn ein Beweis geführt werden will, die Recognoscirung der

---

1) S. Goutta's Ges. S. 56. Band, S. 365.

2) Hofdecret vom 6. October 1783, lit. e, Nr. 197 der J. G. S.

Urkunden (d. i. die Einsicht und Vergleichung der Originalien mit den Abschriften) verlangen zu dürfen [1]).

Wenn nun Jemand im Prozesse sich eines Taufscheines als Beweismittels bedienen will; so wird er denselben entweder im Original, oder aber in einer Abschrift legen. Geschieht das Letztere: so hat der Product jedenfalls das Recht, die Recognoscirung des Original-Taufscheines in der gesetzlichen Form und Zeit [2]) zu verlangen, er kann aber weder in dem zweyten noch in dem ersten Falle die Recognoscirung des Taufbuches selbst begehren. Und das zwar deßwegen nicht, weil dadurch

a) dem Producenten des Taufscheines unter einem Rechtsnachtheile (§. 126 der allg. G. O.) etwas zu leisten auferlegt werden müßte, was er gar nicht einmahl zu leisten in der Lage ist. Das Taufbuch befindet sich nicht in den Händen des Producenten eines daraus gezogenen Taufscheines, und steht ihm auch nicht der Art zu Gebothe, daß er es vor Gericht bringen lassen könnte; — abgesehen davon, daß von Taufscheinen oft Gebrauch gemacht wird in Orten, die weit entlegen von dem sind, wo sich das Taufbuch befindet.

b) Ist das Taufbuch keines jener öffentlichen Bücher, in welche den Parteyen nach Belieben die Einsicht gestattet werden müßte. Nirgends ist für den Buchführer eine so geartete Offenhaltung der Matriken zur Pflicht gemacht.

c) Käme man durch diese Behauptung mit dem Begriffe einer öffentlichen Urkunde, für die ein Taufschein (nach unseren Gesetzen), wie gezeigt, angesehen werden muß, in einen Conflict. Die Taufscheine als solche, wie sie von dem Matrikenführer nach gesetzlicher Vorschrift ausgestellt werden, sollen

---

1) §. 123 der a. G. O. und Hofdecret vom 5. October 1792, Nr. 57 der J. G. S.

2) Vergl. meine und Wessely's Abhandlungen über die Frist zur Recognoscirung in der Zeitschrift 1834, Nr. XIV. und XXXII., und 1835, Nr. XVI.

über dasjenige als öffentliche Urkunden vollständig beweisen, worüber sie ausgestellt werden. Das wäre aber nicht mehr der Fall, wenn die Recognoscirung des Taufbuches verlangt werden könnte, indem man dann ja nicht dem Taufscheine, sondern dem Taufbuche Glauben beymessen würde.

d) Die Analogie, die man von den Handelsbüchern und den Büchern der Gewerbsleute hernehmen und für die hier verworfene Ansicht beweisen will, ist nicht entscheidend. Der Taufschein ist kein solcher Extract, keine Abschrift, die sich der Producent aus einem, von ihm selbst oder doch von seinen Leuten und in seinem Interesse gesicherten Buche, in dessen Besitze er sich befindet, macht; er wird von einem öffentlichen Beamten als ein Amtsgeschäft ausgefertiget, und hat daher offenbar einen höheren Grad von Verläßlichkeit, als ein Conto aus den genannten Büchern; er genießt in subjectiver Beziehung eben jene Glaubwürdigkeit, die dem Taufbuche selbst zukommt.

Damit will übrigens ganz und gar nicht behauptet seyn, daß der Taufschein auf jeden Fall Beweis gegen den Producenten machen müsse; denn so wie unsere G. O. überhaupt gegen die Beweismittel Einwendungen zuläßt (§. 24 d. G. O.); so sind sie natürlich auch hier gestattet, und es ist dann die Sache des Producten, seine Einwendungsasserte zu beweisen, nam excipiendo reus fit actor, et actori incumbit probatio. Eine solche Einwendung könnte namentlich wohl auch darin bestehen, daß der Taufschein mit dem Taufbuche nicht übereinstimme. Eben so wenig wird durch die hier vertheidigte Ansicht der eigentliche Gegenbeweis [1]) ausgeschlossen, und so wie dieser überhaupt auch gegen öffentliche Urkunden zulässig ist, so kann er auch insbesondere bey dem durch einen Taufschein zu führen beabsichtigten (ersten) Beweise nicht in Ab-

---

[1]) Daß zwischen den eigentlichen Gegenbeweise und dem Beweise einer Einwendung ein Unterschied sey, hat Wagner (in seinen Vorbegriffen zur Lehre des Beweises, in der Zeitschrift 1829, II. Bd., S. 315) überzeugend genug dargethan.

rede gestellt werden[1]). Als öffentliche Urkunden haben aber die Taufscheine die Vermuthung der Echtheit für sich, falls sie die vorgeschriebenen Merkmahle der Oeffentlichkeit enthalten und deßwegen hätte derjenige, der ihre Echtheit widerspricht, den Beweis der Unechtheit zu übernehmen[2]).

III. Was kann durch den Taufschein erwiesen werden?

Der Taufschein ist eine öffentliche Urkunde. Den öffentlichen Urkunden ist in Ansehung des Factums, worüber sie errichtet worden sind, voller Glaube beyzumessen[3]), — eine Vorschrift, welche das Hofdecret vom 15. Jänner 1787 insbesondere auch auf die Taufbücher anwendet, indem es verordnet: „Taufbücher — verdienen, als öffentliche Urkunden vollen Glauben nur über jene Umstände, worüber sie eigens errichtet, nicht aber über die einfließenden, auf bloßes Angeben sich gründenden Nebenumstände.“ Der Taufschein muß mit dem Taufbuche übereinstimmen[4]); — er kann also (versteht sich, daß er vorschriftmäßig ausgefertiget wurde) nicht über andere Umstände beweisen, als das Taufbuch selbst. Diese positiven Verfügungen gründen sich auf das Wesen und die eigentliche Natur der öffentlichen Urkunden und stehen im Einklange mit einer hierüber längst befolgten Theorie. Oeffentliche Urkunden sind, genauer betrachtet, nichts anderes, als schriftliche Zeugnisse[5]); sie haben daher den Grund und die Ausdehnung ihrer Beweiseskraft

---

[1]) Vergl. Kitka's Beweislehre und meine Recension darüber, in dieser Zeitschrift 1836, Notizenblatt S. 51.

[2]) Vergl. meine Abhandlung: Bemerkungen über den Urkundenbeweis in der Zeitschrift 1835, II. Bd. S. 161.

[3]) §. 111 der a. G. O.

[4]) Hofdecret vom 27. April 1820, in Goutta's Ges. S., 36. Bd., S. 365.

[5]) Zeugnisse werden insbesondere die Tauf-, Trauungs- oder Todtenscheine in der a. h. Entschließung vom 22. März 1836 genannt (Notizenblatt vom Monathe May, S. 214, Nr. 79).

mit diesen gemein [1]). So wie die Bestätigung oder Aussage irgend eines Zeugen rücksichtlich eines bestimmten Umstandes (Factums) nur damahls verläßlich und sonach glaubwürdig erscheint, wenn er unter Voraussetzung seiner Fähigkeit und seines redlichen Willens, den zu bezeugenden oder zu bestätigenden Umstand selbst und unmittelbar mit seinen eigenen Sinnen wahrgenommen hat, indem jede Zwischenmittheilung trügen kann; — so ist es auch bey dem öffentlichen Beamten. Der öffentliche Beamte als ein vermöge seiner ämtlichen Stellung und Verpflichtung bevorzugter Zeuge — kann also nur dasjenige mit Verläßlichkeit und auf eine glaubwürdige Art bezeugen oder bestätigen, was er vermöge, und bey seiner Amtswirksamkeit wahrnehmen und wissen kann. Nur dieses hat er regelmäßig auch in sein Zeugniß — die öffentliche Urkunde — einzuschalten, und nur darüber, kann man sagen, errichte er die öffentliche Urkunde. Der das Taufbuch führende Geistliche insbesondere kann dem gemäß nur dasjenige, was ihm in seinem Amtskreise durch seine Sinne unmittelbar bekannt wurde, mit juristischer Verläßlichkeit bestätigen, und nur über seine Amtsacte und was damit vor ihm in Verbindung tritt, eine öffentliche Urkunde ausfertigen [2]).

---

[1]) S. Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise, §. 107 u. ff. und Wachenhusen über die Natur des Beweises durch Urkunden rc. (im Archive für die civilistische Praxis, 13. Bd., S. 131 u. ff.). Letzterer sagt S. 152 a. a. O.: Nur in dem Falle werden sie als wirksame Beweismittel gelten können, wo sie wahre ämtliche Zeugnisse sind, d. h. wo nicht nur der Aussteller ein ihm vom Staate übertragenes Amt im Augenblicke der Ausstellung wirklich bekleidet, sondern wo auch der bezeugte Thatumstand dergestalt Gegenstand seiner Amtsführung ist, daß er Kraft seiner Amtspflicht eine vollkommene Kenntniß davon haben muß. Vergl. auch Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses, II. Bd., XLVI. §. 3, und Spangenberg über die Beweiseskraft archival. Urkunden im Archiv für die civilistische Praxis, II. Bd., S. 87 u. ff.

[2]) Daß insbesondere durch das Trauungsbuch — und sofort

Um also zu eruiren, was denn eigentlich durch das Taufbuch oder durch den darnach ausgefertigten Taufschein, als ein öffentliches Zeugniß im Civilrechtswege bewiesen werden könne, muß weiter untersucht werden, was von den in das Taufbuch gewöhnlich aufgenommenen Umständen vom buchführenden Seelsorger im Amte, und unmittelbar selbst wahrgenommen wird, und worüber eigentlich die Taufbücher errichtet werden. — Schon der Name „Taufbuch" bringt es mit sich, daß dasselbe von dem Seelsorger eigentlich über die von ihm vorgenommenen Taufen geführt werde[1]); und forscht man in der Geschichte über die Entstehung dieser Matriken; so findet man, daß der Zweck derselben anfänglich einzig und allein dahin ging, die vorgenommenen Taufen und deren Anzahl zu constatiren[2]). Der Ausdruck „Geburtsbuch" ist sonach nicht eigentlich mit Taufbuch synonym, und mag nur deßwegen oft auch für Taufbuch gewählt werden, weil, wenigstens jetzt, die Taufe der Zeit nach, bald nach der Geburt vorgenommen zu werden pflegt, und die Vornahme der Taufhandlung an einer Geburt, auch die Existenz dieser mit bestätiget[3]). Daher gibt

---

durch den darüber ausgefertigten Trauungsschein nur der vor dem buchführenden Seelsorger nach Weisung des §. 75 abgeschlossene Ehevertrag, nicht aber auch wieder bloß auf Angabe der Partey sich gründende Umstände dauerhaft erwiesen werden, geht aus den Worten des §. 80 des a. b. G. B. hervor.

[1]) Um rücksichtlich der Taufacte die nöthige Zuverläßlichkeit und Glaubwürdigkeit zu erzielen, heißt es im Hofdecrete vom 26. November 1829, wurde auch den akatholischen Seelsorgern die Befugniß, eigene Taufmatriken zu führen, gestattet, — und ihnen aufgetragen, jeden bey ihren Glaubensgenossen vorfallenden Taufact einzutragen. Das Patent vom 16. October 1787 nennt das Taufbuch Taufprotokoll o. s. g. Geburtsbuch.

[2]) Vergl Uihlein im Archive für die civilistische Praxis a. a. O.

[3]) Dann sind diese Matriken (Geburtsbücher) auch für diejenigen Religionsparteyen vorgeschrieben, wo eine eigentliche Taufe nicht vorkommt; z. B. bey den Juden über die Beschneidung. — Bey der Benennung „Todten-" statt „Beerdigungsregister"

das Taufbuch im Allgemeinen allerdings auch Aufschluß über die Zahl der vorgekommenen Geburten, und heißt insofern Geburtsregister. Da aber auch Erwachsene öfters erst getauft werden; so wird es manchmahl an der strengen Richtigkeit des Resultates gebrechen. In dem Taufbuche nun, welches, wie gesagt, eigentlich über die Taufen errichtet wird, wird der Seelsorger als ein öffentlicher Zeuge nichts anderes mit Verläßlichkeit bestätigen können, als die Taufhandlung selbst, dann wann, durch wen und an wem, und in wessen Beysein sie vorgenommen wurde; denn nur dieses wird ihm als fungirendem Seelsorger und als zur Buchführung aufgestelltem öffentlichen Beamten in seiner Amtswirksamkeit unmittelbar bekannt. Nur darüber kann also im Taufbuche ein vollgültiges Zeugniß niedergelegt, nur diese Umstände daraus im gerichtlichen Wege erwiesen werden. Diese aus der Natur der Sache und dem Grundbegriffe von öffentlichen Urkunden hergenommene Ansicht könnte nur dadurch eine Modification erleiden, daß ein positives Gesetz etwas anderes verfügte, etwa: daß durch das Taufbuch auch andere Umstände erwiesen werden sollen, als die Natur der Sache mit sich bringt, — womit dann aber freylich zur nöthigen Sicherheit der Rechte noch eine anderweitige Einrichtung zu veranlassen seyn würde, aus der sich eine Erweiterung der Beweiseskraft rechtfertigen ließe. So weit jedoch dieser Umstand nicht eintritt, bleibt man gewiß sicherer bey der Natur und dem Wesen der öffentlichen Urkunden stehen. Daraus folgt aber dann von selbst, daß mittelst des Taufbuches und des daraus gezogenen mit demselben gleichlautenden Taufscheines, weder der eigentliche Zeitpunkt der erfolgten Geburt, noch das Geschlecht und die Abstammung [1]) des Getauften erwiesen werden könne,

hat es dasselbe Bewandniß. Nur Trauungsregister bezeichnet den Act genauer, worüber es aufgenommen wird.

[1]) Bey Anfertigung eines Stammbaumes würde dieser Umstand wichtig; die Verfassung eines Stammbaumes gestützt auf Taufscheine

weil über diese und ähnliche Umstände der Seelsorger, der die Taufhandlung verrichtet und darüber die Einschreibung in das Taufbuch besorgt, kein verläßliches Zeugniß abzugeben im Stande ist.

Dessenungeachtet ist die Ansicht und Uebung: mit Taufbuch oder Taufschein den eigentlichen Zeitpunkt der erfolgten Geburt (den Geburtstag) erweisen zu können, sehr ausgebreitet; positive Gesetze scheinen auch dem ersten Anblicke nach nicht unwichtige Anhaltspunkte dafür an die Hand zu geben. Die bedeutende Wichtigkeit und der Einfluß, den der eigentliche Zeitpunkt der Geburt eines Menschen auf verschiedene Rechtsverhältnisse nimmt[1]), machen es wünschenswerth, daß der dießfällige Zweifel gelöset würde — und dazu soll die weitere Erörterung wenigstens Veranlassung geben.

Da der Taufschein nicht mehr Glauben verdient, als das Substrat desselben — das Taufbuch nämlich, — dieses aber nur über jene Umstände vollen Glauben verdient, worüber es eigens errichtet wurde, d. i. über die Taufhandlung und nicht auch über die einfließenden, auf bloßes Angeben sich gründenden Nebenumstände[2]); — da weiter der Zeitpunkt der erfolgten Geburt eines Täuflings für die taufenden und die Matriken führenden Seelsorger offenbar unter die sich auf bloßes Angeben gründenden, und nur nebenher einfließenden Nebenumstände gehört, weil derselbe in der Regel bey der Geburt gar nicht, oder doch gewiß nicht als buchführender Beamter zugegen war, um darüber ein beweiskräftiges Zeugniß ablegen

---

und Taufbücher hat aber auch aus dem Grunde gar keine Verläßlichkeit, weil durch Taufscheine die Zahl der Abstämmlinge nicht unbezweifelt ersichtlich gemacht werden kann. Vergleiche Füger's adel. Richteramt, vierte von Wagner besorgte Auflage, I. Bd. S. 151.

[1]) Vergl. auch Schindler über die Fähigkeit zur Zeugenschaft in der Zeitschrift 1834, I. Bd., S. 266.

[2]) Hofdecret vom 15. Jänner 1787, lit. ff, Nr. 621 der J. G. S.

zu können; — so dürfte der directe Beweis dafür, daß Taufscheine nicht geeignet sind, den eigentlichen Zeitpunkt der Geburt dessen, auf den er lautet, im Civilrechtswege zu erweisen, unter Einem geführt seyn, und es nur noch auf Entkräftung der für die entgegengesetzte Ansicht sprechenden Gründe ankommen.

Einer der vorzüglichsten Gründe für die hier in Abrede gestellte Beweiseskraft der Taufscheine liegt in der gesetzlichen Anordnung, vermöge welcher das Taufbuch eine Rubrike für den Tag der Geburt des Täuflings enthalten muß[1]), und kein Taufschein mehr ausgefertiget werden darf ohne Beysetzung des, in der besonderen Rubrike der Taufmatrikel angemerkten Geburtstages des Getauften[2]). Diese gesetzliche Anordnung zeige bis zur Evidenz, daß die Taufbücher auch über die Zeit der erfolgten Geburt — als Geburtsbücher oder Geburtsregister — geführt werden, und die hierdurch angeordnete Eintragung des Tages der Geburt wäre eine unnütze leere Formalität, wenn damit nichts bewiesen werden sollte. So etwas kann man aber der Gesetzgebung nicht zumuthen. Dazu gesellt sich noch weiter der nicht weniger wichtige Umstand: daß unsere Gesetze zum Beweise der Voll- oder Großjährigkeit ausdrücklich den Taufschein als ein zuläßiges und ausreichendes Beweismittel erklären[3]). Der Beweis der Großjährigkeit kann ohne Rücksicht und Beziehung auf den Moment der Geburt nicht geführt werden, und somit beweiset der Taufschein nach der gesetzlichen Ansicht auch über diesen Umstand.

---

[1]) Patent vom 20. Februar 1784.

[2]) Hofdecret vom 27. April 1812, Nr. 988 der J. G. S.

[3]) Vergl. den §. 78 d. a. b. G. B. Das Hofdecret vom 20. Februar 1808, Nr. 833 der J. G. S., sagt: Der legale Beweis der Großjährigkeit wird in der Regel durch den Taufschein hergestellt. Auch das Hofdecret vom 22. Februar 1817, Nr. 1319 der J. G. S., zeigt dasselbe. Das Hofdecret vom 22. December 1826 endlich verordnet: daß Nationalität, Alter, Religion, durch den Taufschein bewiesen werden soll.

Dieser scheinbar ganz richtigen Folgerung will ich folgende Bemerkungen entgegensetzen und versuchen, ihre Unrichtigkeit zu zeigen.

Die Taufbücher, nach der dermahligen Einrichtung, werden nicht bloß zu dem Behufe angelegt und geführt, um an ihnen nöthigen Falls ein Beweismittel im Civilrechtswege zu haben; — manch' andere Absicht (die ich hier wohl nicht erst nachzuweisen habe), verfolgt damit die Staatsverwaltung. Der mehreren Zwecke Einer nur ist es, auch vor Gericht damit über gewisse Umstände — über jene nämlich, worüber diese Matriken eigens errichtet werden[1]), und die sich, wie zur Vermeidung aller Zweifel noch insbesondere erklärt wurde, nicht auf bloßes Angeben gründen[2]), — einen rechtlichen Beweis — führen zu können. Wenn nun politische Gesetze den Taufbüchern eine Einrichtung geben und für die Führung derselben Erfordernisse vorschreiben, um die verschiedenen Zwecke, die die Staatsverwaltung dabey verfolgt, zu erreichen; — so folgt daraus noch nicht mit absoluter oder juristischer Nothwendigkeit, daß dieselbe Einrichtung auch zum Behufe der Beweiseskraft der Taufbücher als öffentlicher Urkunden im Civilrechtswege getroffen worden sey, oder daß alle nach einer solchen Einrichtung in den Taufbüchern eingetragenen Momente und Umstände als dadurch erwiesene angesehen werden müßten. Was als Beweismittel, und mit welcher Ausdehnung der Beweiseskraft es im Civilrechtswege angesehen werden könne und dürfe, das kann jedenfalls nur aus der G. O. und den dazu gehörigen, einen integrirenden Bestandtheil derselben bildenden Novellen und Declaratorien — nicht aber aus politischen Einrichtungen und Anordnungen, die oft den Gerichten gar nicht intimirt werden, entnommen werden. Wir glauben daher auch hier an den eigentlichen Vorschriften der G. O. festhalten zu sollen, die er-

1) §. 112 a. G. O. lit. f.

2) Hofdecret vom 15. Jänner 1787 lit ff.

klären, daß Taufbücher über Umstände, die sich nur auf das Angeben Anderer — nicht aber auf eigene Wahrnehmung des buchführenden Beamten — gründen, nicht beweisen, wie es auch unläugbar der Begriff einer öffentlichen Urkunde, die ihrer Natur nach nur ein schriftliches Zeugniß ist, mit sich bringt. Daß aber die in der G. O. im Einklange mit einer richtigen Beweistheorie normirte Ausdehnung der Beweiseskraft der Taufbücher im Civilprozesse durch die oben schon angeführten politischen Gesetze nicht abgeändert wurde, scheint aus einer etwas näheren Betrachtung derselben hervorzuleuchten. Das Patent vom 20. Februar 1784 erklärt im §. 4: „Um sowohl die Zahl der Gebornen überhaupt, als die Zahl der Kinder von jedem Geschlechte, dann ob sie in oder außer der Ehe erzeugt worden sind, sehen zu können, sind dem Geburtsregister folgende Rubriken zu geben: Jahr, Monath und Tag der Geburt ꝛc. Nicht also, um ein neues Beweismittel für den Beweis über den Zeitpunkt der Geburt eines Getauften auf dem Civilrechtswege zu schaffen, nicht um einen theoretisch richtigen und im positiven Privatrechte ausdrücklich anerkannten Grundsatz aufzuheben oder abzuändern, sondern zur Erzielung des ausgesprochenen, für die politische Verwaltung wichtigen Zweckes gab man dem Geburtsregister die Einrichtung, daß darin der Tag der Geburt angesetzt erscheint. Darum ist dieses Patent auch in die legale Justiz-Gesetzsammlung nicht aufgenommen worden. Dagegen wurde aber das für die hier vertheidigte Ansicht sprechende Hofdecret vom 15 Jänner 1787, als ein Gesetz für die Justizstellen allerdings aufgenommen, und dieses noch dazu spätere Gesetz als das citirte Patent zeigt klar genug: daß trotz der damals in den politischen Gesetzen schon bestimmten Rubriken der Taufbücher, diese doch nur über jenes als öffentliche Urkunden beweisen, worüber sie eigens — als Taufbücher — errichtet wurden, und nicht auch über die einfließenden auf Angaben sich gründenden Nebenumstände. Der richtige Grundsatz, der für die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden im Civilprozesse im Einklange

mit der Beweistheorie in der G. O. aufgenommen wurde, wollte also nach dem Zeugnisse des Hofdecretes vom 15. Jänner 1787 auch bey Taufbüchern neben den Vorschriften, die das Patent vom 20. Februar 1784 für die Führer dieser Bücher enthielt, aufrecht und beybehalten werden.

Nicht mehr Bedeutung für die entgegengesetzte Ansicht hat das Hofdecret vom 27. April 1812. Obwohl dieses Hofdecret verlangt: daß in den Taufbüchern in einer besonderen Rubrik, vor dem Tage der Taufe auch der Tag der Geburt anzumerken, daß kein Taufschein ohne Beysetzung des in der Taufmatrikel angemerkten Geburtstages des Getauften auszufertigen sey: so ist doch nirgends und mit keinem Worte darin gesagt, daß dieses deßwegen geschehen müsse, um aus dem Taufbuche einen rechtlichen Beweis über die Zeit der erfolgten Geburt des Täuflings führen zu können. Dadurch dürften also wohl die Vorschriften der G. O. und des oft erwähnten Hofdecrets vom 15. Jänner 1787 nicht modificirt worden seyn. Zudem ist das Hofkanzleydecret vom 27. April 1812 nur für Galizien, und dort nur zur Beseitigung und Verhüthung jener Unrichtigkeiten, die durch eine dort übliche Trennung der Ceremonien- von der Wassertaufe veranlaßt wurden, erlassen worden, und schon deßwegen nicht geeignet, einen allgemeinen Grundsatz der Civilgesetzgebung durchgehends abzuändern, oder gar aufzuheben.

Endlich scheint auch der §. 78 des a. b. G. B. und das Hofdecret vom 20. Februar 1808 der hier ausgesprochenen Ansicht nicht so zu widersprechen, als der erste Anblick dieser Gesetze zeigen möchte. Beyde Gesetze sprechen bloß von dem Beweise der Großjährigkeit, d. i. von dem Beweise des Umstandes, daß Jemand bereits das 24. Lebensjahr vollendet habe, und erklären den Taufschein als das legale, zulässige Beweismittel[1]). Abgesehen davon, daß auch diese Gesetze nicht

---

[1]) Dasselbe, und nichts anders, dürfte in dem Hofdecrete vom 22. December 1826, 3. erklärt seyn; wenn man dieses Gesetz mit

eigentlich von dem streng rechtlichen Beweise im Civilprozesse, sondern mehr von einer bloßen Bescheinigung eines Umstandes aus anderen Rücksichten sprechen, läßt es sich ja recht leicht erklären, daß, und wie ein Taufschein zum Beweise der Großjährigkeit verwendet werden könne, ohne daß er ein brauchbares Beweismittel zum Beweise der Zeit der erfolgten Geburt ist. Denn der Taufschein beweiset jedenfalls, auch nach unserer Ansicht, die Taufhandlung; diese setzt nothwendiger Weise die Geburt des Täuflings voraus. Zeigt nun der Taufschein, daß seit der an Jemanden vorgenommenen Taufhandlung schon vier und zwanzig Jahre verflossen sind; so ist damit unter Einem die Großjährigkeit nachgewiesen. Um den eigentlichen Moment der Geburt ist es bey dieser Art der Beweisführung nicht zu thun; darum, ob der Getaufte seit Einem oder mehreren Tagen die Großjährigkeit erreicht habe, kümmert man sich nicht, — genug, daß er großjährig ist. Da nun der Tauftag nicht auch immer und nothwendig, ja man könnte eher sagen, selten auch der Geburtstag des Kindes ist; so ist aus jenem über die Großjährigkeit hergestellten Beweise nicht auch der eigentliche Zeitpunkt der Geburt erwiesen. Und sollte es in einem Civilprozesse darauf besonders ankommen; so müßte der Beweis darüber auf eine andere in der G. O. zulässige Art hergestellt werden. Der Taufschein würde allerdings benützt werden können;

---

seinem Zwecke in Verbindung setzt. Es wurde erlassen, um ein gleichförmiges Verfahren in Beziehung auf die Dispensation von der Beybringung der Taufscheine, zum Behufe der Verehelichung einzuführen. Die citirte Stelle lautet: „Die Nachsicht von Beybringung des Taufscheines soll — nur dann ertheilt werden, wenn sich die Behörde von dem Daseyn dessen, was in Absicht auf eine gültige Ehe durch den Taufschein bewiesen werden soll, als: Nationalität, Alter, Religion, auf andern Wegen die volle Ueberzeugung verschafft hat.“ Offenbar will man hier nur wissen, ob die Person großjährig sey oder nicht, ohne von einem gerichtlichen Beweise über den eigentlichen Geburtsmoment zu reden.

— er beweiset wenigstens, daß der Getaufte schon am Tauftage geboren war. Wer nun aber weiter behaupten würde, daß er schon früher geboren sey, der müßte dieses sein Angeben, da der Taufschein darüber keinen Beweis macht, auf eine andere rechtliche Art erweisen, und man kann nicht einmahl sagen, daß der Producent des Taufscheines eine rechtliche Vermuthung rücksichtlich des Zeitpunktes der Geburt des Getauften für sich habe. Denn a) fehlt es hier durchaus an einem haltbaren Vermuthungsgrunde, aus dem mit Zuverläßlichkeit auf das vermuthete Factum — den eigentlichen Zeitpunkt der erfolgten Geburt nämlich — geschlossen werden könnte. Als Vermuthungsgrund müßte man entweder die Angabe des Geburtstages im Taufbuche und Taufscheine, oder aber die Zeit der geschehenen Taufe nehmen, — bey beyden aber liegt es ohne nähere Auseinandersetzung am Tage, daß der innere Zusammenhang fehlt, der den Schluß auf einen bestimmten Zeitpunkt der Geburt unterstützen, und so eine Vermuthung im juristischen Sinne begründen könnte. Insbesondere folgt aus der an Jemanden vorgenommenen Taufhandlung nur, daß er zur Zeit derselben schon geboren war, — nicht aber, ob Einen oder mehrere Tage zuvor, oder an demselben Tage. b) Wäre aber hier wirklich eine Vermuthung nach ihrem Begriffe anzunehmen; so könnte sie doch für uns immerhin nur als eine einfache gelten, auf die der Richter im Civilrechtswege und nach Weisung des §. 105 der a. G. O. keine Rücksicht nehmen dürfte, indem darnach nur jene Vermuthungen beachtet werden und auf die Beweisführung einen Einfluß haben können, welchen durch das Gesetz insbesondere die Kraft beygelegt wird, was aber hier der Fall nicht ist. Alles was hier von dem Zeitpunkte der Geburt eines Getauften gesagt wurde, gilt auch von dem Umstande, der bey Zwillingen u. dgl. eintreten kann, ob der Eine oder der Andere der Erstgeborne sey. Wenn dieses auch im Geburtsbuche und Taufscheine ausgedrückt wäre; so könnte darüber der Seelsorger keine, vollen Beweis machende öffentliche Urkunde ausstellen, weil sich diese

Nebenumstände bey der Vornahme der Taufe und Eintragung in das Taufbuch immerhin nur auf Angeben Anderer, nicht auf eigene Wahrnehmung des öffentlichen Zeugen gründen, — mit dem Taufscheine allein also darüber auch kein Beweis geführt werden kann.

Es könnte zwar scheinen, daß durch das bisher Gesagte die Beweiseskraft der Taufbücher zu sehr, selbst gegen die Absicht des Gesetzgebers eingeschränkt werde. Die Vorschriften über den Beweis des Namens des Vaters und der unehelichen Mutter, so wie über die Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines getauften Kindes aus dem Taufbuche zeigen, daß die Gesetzgebung die Einrichtung dieser Urkunden für geeignet hält, auch andere Umstände, als die Taufe, die auf die Privatrechtsverhältnisse nicht minderen Einfluß haben, als die Geburt, daraus beweisen zu können, obwohl sie sich ebenfalls nur auf Angeben gründen. Warum wollte man also gerade für die Geburtszeit eine Ausnahme machen, und den Taufbüchern dafür ihre Beweiskraft entziehen? Allein dieser Einwurf schadet der Richtigkeit der vertheidigten Ansicht nicht, sondern dient noch zur Bestätigung derselben. Die Instruction für die Seelsorger und Führer der Taufbücher vom 21. October 1813, die hier besonders Beachtung verdient[1]), schließt sich an den allgemeinen Grundsatz: daß die Geburtsbücher über jenes, was sich auf bloßes Angeben der Parteyen gründet, keine Beweiseskraft verdienen. Es heißt darin wörtlich: „Da die Geburtsbücher der Seelsorger, insofern sie sich nicht auf bloße Angaben der Parteyen gründen" (die Vorschrift der G. O. und das Hofdecret vom 15. Jänner 1787 wird also als bestehend vorausgesetzt) „vor Gericht volle Beweiseskraft haben; so liegt den Seelsorgern die Pflicht ob, nach Möglichkeit dafür zu sorgen, daß die darin aufgezeichneten Umstände die

[1]) Das Hofkanzleydecret vom 13. Jänner 1814 bezieht sich darauf und enthält eine nähere Erklärung derselben. Dasselbe ist zum Theile bey dem Hofdecrete vom 27. Juny 1835 der Fall.

möglichste Gewißheit haben, und daß dann, wenn die volle Gewißheit über einen Umstand nicht erhalten werden kann, dasjenige, was bloß auf die Angaben der Parteyen dahin aufgenommen wird, von dem, was gewiß ist, wohl unterschieden werde." Nach dieser Instruction ist es klar, daß nicht Alles, womit die eingeführten Rubriken des Taufbuches ausgefüllt werden, auch schon dadurch für vollständig erwiesen — also juristisch als wahr und gewiß angenommen werden dürfe. Es soll immer das Gewisse von dem unterschieden werden, was sich nur auf die Angabe der Parteyen gründet. Gewiß ist also in dieser Entgegensetzung nur dasjenige, was sich nicht lediglich auf die Angabe der Parteyen gründet, sondern wobey sich der Seelsorger entweder selbst durch eigene Wahrnehmung als Zeuge, oder auf eine andere im Gesetze als zulässig erklärte Art die Ueberzeugung verschafft hat. Die Instruction zeigt weiter, wie und auf welche Art der Seelsorger sich über einige, in der Regel von ihm nicht selbst und durch eigene Erfahrung erkannte Umstände die nothwendige Gewißheit verschaffen könne, die die Angabe der Parteyen nicht gewähren würde; und hat er sich auf dem gesetzlichen Wege diese Gewißheit verschafft: so sieht sie die Umstände selbst für erwiesen an, oder mit andern Worten, das Taufbuch macht hierüber einen Beweis. Allein dabey erscheint der Seelsorger nicht mehr bloß als öffentlicher Beamter, der ein Zeugniß abgibt — eine öffentliche Urkunde ausstellt, — sondern er ist ausnahmsweise zur Aufnahme eines Zeugenbeweises berechtiget und verpflichtet. Nicht in der öffentlichen Urkunde liegt hierbey eigentlich das Beweismittel, sondern in den Zeugen und ihren Aussagen, wodurch das Factum vor dem Seelsorger bestätiget wird; — das Taufbuch ist dabey dem gerichtlichen Zeugenverhörs-Protokolle zu vergleichen [1]). Da nun hierbey nur eine Ausnahme von der Regel

[1]) Das Patent vom 16. October 1787 spricht auch in diesem Sinne von dem Taufprotokolle.

eintritt, daß bloß die beschworne Zeugenaussage vor Gericht und nach den Vorschriften der G. O. beweisend sey, und da Ausnahmen strenge auszulegen sind; so wird man des Seelsorgers Berechtigung in dieser Beziehung auf die im Gesetze enthaltenen Fälle *beschränken* müssen. Unter diesen aber findet man nicht vor, daß er berechtiget, oder gar verpflichtet sey, sich über den Zeitpunkt der erfolgten Geburt des Getauften auf eine ähnliche Art zu überzeugen, und es ist darin nirgends auch nur angedeutet: *wann der* Seelsorger diesen Umstand als gewiß ansehen, wann er also darüber eine beweisende Urkunde errichten könne. Die *Zeit* der erfolgten Geburt wird er daher — wenn sie schon im Taufbuche nach den eingeführten Rubriken angesetzt werden muß, auf bloßes Angeben einer oder der andern Person eintragen, — und solche Umstände sind von den *gewissen* zu unterscheiden, und die Geburtsbücher haben vor *Gericht* dafür keine Beweiseskraft. Sollte also aus den Taufbüchern nebst andern Umständen, die sich immerhin zunächst nur auf die Angabe der Partey gründen können, auch der Zeitpunkt der erfolgten Geburt genau erwiesen werden; so müßte dieses gesetzlich erklärt und dem Seelsorger die Art und Weise vorgezeichnet werden, auf welche er sich die nothwendige Ueberzeugung und Gewißheit verschaffen darf [1]). So lange dieses aber der Fall nicht ist, dürfte die Gegenansicht jeder Verläßlichkeit entbehren.

---

[1]) Es wird also hier keineswegs behauptet: daß man dem Taufbuche gar keine Einrichtung geben könne, wornach es auch als Beweismittel über die Geburtszeit erschiene; es wird nur behauptet: daß dieses nach der *gegenwärtigen* Einrichtung mit der Beweistheorie im Widerspruche stünde.

XXXV.

Ueber den vertragsmäßigen Schulderlaß.

Vom

Herrn Dr. F. K. Prockner,

k. k. o. ö. Professor an der Universität zu Innsbruck.

---

§. 1.

Der Schulderlaß als Vertrag.

Eine Schuld wird unter Lebenden als erlassen angesehen, wenn der Schuldner dieselbe, ohne daß er Zahlung geleistet hat, nach dem Willen seines Gläubigers diesem nicht mehr zu entrichten verpflichtet ist. Dieß ist aber nur dann der Fall, wenn der Gläubiger entweder auf Ansuchen des Schuldners diesem erklärt, ihm die Schuld nachsehen zu wollen, oder wenn der Gläubiger aus eigenem Antriebe gegen den Schuldner sich äußert, ihn von seiner Schuld zu befreyen, der Schuldner sich damit zufrieden stellt, also hierzu einwilliget. Ich behaupte demnach, daß ein Schulderlaß unter Lebenden nur durch einen Vertrag zu Stande kommen kann. — Meine Ansicht hierüber ist folgende:

Der Gläubiger als Herr seiner Rechtssphäre kann über die seinem Rechte unterworfenen Objecte eben so beliebig verfügen, wie jeder andere Eigenthümer körperlicher Sachen. Er ist daher befugt, jede wie immer beschaffene Einwirkung dritter Personen, somit auch die seines Schuldners so lange auszuschließen, als er sie seiner Disposition unterworfen betrachten kann; denn Jeder hat die Verbindlichkeit, seine Rechtssphäre

zu achten, und sich jeder Anmaßung gegen dieselbe zu enthalten. Der Eigenthümer kann sich zwar des Eigenthumes auf seine körperlichen Sachen begeben, entweder ohne Rücksicht auf bestimmte Personen, welche sich durch selbe einen Vortheil verschaffen wollen, — dieß ist der Fall in Folge einer Dereliction — oder mit Rücksicht auf eine bestimmte Person. In ersterer Hinsicht ist der Eigenthümer seines Eigenthums erst dann verlustiget, wenn Jemand die derelinquirte Sache occupirt; in letzterer Hinsicht, wenn die bestimmte Person, auf die er seine Sache übertragen will, ihre Einwilligung hierzu zu erkennen gibt, weil ohne den Willen dieser bestimmten Person eine Uebertragung an sie nicht geschehen kann, andere Personen aber hiervon ohnehin ausgeschlossen sind und seyn sollen. So wie der Eigenthümer einer derelinquirten Sache dieselbe immerhin sich noch zueignen kann, so lange sie Niemand occupirt hat, so wird er sich im letzteren Falle noch immer als Eigenthümer seiner Sache betrachten dürfen, so lange die bestimmte Person, an die er selbe übertragen wollte, ihre Einwilligung in der gesetzlich bestimmten Zeit nicht gegeben hat. — Berücksichtiget man nun das Recht eines Gläubigers hinsichtlich seiner Forderung, die er an Jemand zu stellen hat, so leuchtet ein, daß, wenn er auf sein Forderungsrecht Verzicht leistet, er dadurch kein allgemeines Interesse bezielt und bezielen kann, weil sein aufgegebenes Recht nicht so wie eine andere körperliche Sache ein occupationsfähiger Gegenstand ist. Der auf sein Recht Verzicht leistende Gläubiger kann daher lediglich nur das Interesse seines Schuldners vor Augen haben. Ob und in wieferne dieser aber ein Interesse an dem ihm bekannt gegebenen Schulderlaß habe, muß dem Gläubiger erkennbar werden. Sonst kann er sein Forderungsrecht noch eben so, wie vordem gegen seinen Schuldner geltend machen. Es wäre wirklich auch nicht abzusehen, warum der Gläubiger als Eigenthümer seines Rechtes (§. 353) eher desselben, nämlich schon durch seine einseitige Verzichtserklärung verlustiget werden soll, als der Eigenthümer einer körperlichen Sache, der sein Eigenthum behält,

wenn die bestimmte Person, auf die er das Eigenthum auf selbe übertragen wollte, ihre Einwilligung in der gesetzlich bestimmten Zeit nicht erklärt? Die Einwilligung des Schuldners zum Schulderlasse ist also nothwendig; der Schulderlaß daher nur als Vertrag rechtlich gedenkbar.

§. 2.

Einwendungen dagegen.

Man behauptet zwar das Gegentheil, nämlich daß ein Schulderlaß auch ohne Einwilligung des Schuldners, ohne Vertrag, folglich bloß schon durch die einseitige Entsagung des Gläubigers bewirkt werden könne. Man sucht diese Behauptung, wie folgt, zu beweisen:

a) Aus dem Inhalte des §. 939. In demselben heißt es: Wer auf ein gehofftes, oder wirklich angefallenes oder zweifelhaftes Recht Verzicht thut, ohne es einem Andern abzutreten, oder dasselbe dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung zu erlassen, ist für keinen Geschenkgeber anzusehen. Hieraus, sagt man, gehe nur hervor, daß derjenige, welcher auf eines der hier benannten Rechte Verzicht leistet, ohne es dem Verpflichteten mit seiner Einwilligung zu erlassen, als kein Geschenkgeber anzusehen sey; keineswegs aber ergebe sich hieraus, daß eine Verzichtleistung auf eines dieser Rechte, ohne Einwilligung des Schuldners ganz ohne rechtliche Wirkung sey; denn was sollte der Verzicht anders heißen, als daß der Berechtigte erkläre, daß er sich seines Rechtes begebe. Jede Rechtsbegebung bewirkt aber nothwendig schon eine Erlöschung der diesem Rechte entsprechenden Verbindlichkeit. Diese kann also aufhören, ohne daß hierbey eine besondere Einwilligung des Verpflichteten erfolge.

b) Die nämliche Ansicht läßt sich auch aus dem §. 1381 entwickeln. Nach dieser Gesetzesstelle macht ein Gläubiger nur dann eine Schenkung, schließt also nur dann einen Vertrag, wenn er unentgeldlich ein unstreitiges oder zweifelhaftes Recht dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung erläßt. Auch durch

diesen Paragraph ist nicht in Abrede gestellt, daß eine einseitige Verzichtleistung ohne rechtliche Wirkung sey; denn aus selbem kann nur gefolgert werden, daß diese Verzichtleistung kein Vertrag sey, wenn der Verpflichtete nicht einwilliget, und keine Schenkung, wenn sie nicht unentgeldlich erfolgt.

c) Der §. 1444 sagt: daß ein Gläubiger, wenn er seinem Rechte zum Vortheile seines Schuldners entsagt, hierdurch dessen Verbindlichkeit aufhebe. Dieses Gesetz, welches geradezu von einer Rechtserlöschung spricht, fordert durchaus keine Einwilligung des Schuldners, sondern es genügt zur Aufhebung der Verbindlichkeit schon, wenn der Gläubiger zum Vortheile seines Schuldners entsagt. Daß aber ein Gläubiger, der seinem Rechte entsagt, immer den Vortheil seines Schuldners beabsichtige, läßt sich nicht in Abrede stellen; indem sonst seine Entsagung etwas Zweckloses wäre, was man hinsichtlich eines verständig handelnden Menschen nicht annehmen kann.

§. 3.

Widerlegung dieser Einwendungen.

Ad a) Es ist nicht zu läugnen, daß ein Berechtigter durch die Verzichtleistung auf sein Recht eine Erlöschung bewirken könne; aber nicht in allen Fällen, und nicht immer ist derjenige, welcher durch eine solche Verzichtleistung einen Vortheil erhält, auch Schuldner des Berechtigten. So wird derjenige, welcher auf ein gehofftes Erbrecht Verzicht leistet (§. 551), oder ein ihm angefallenes Recht ausschlägt (§§. 560 und 689), allerdings kein Erbrecht mehr ansprechen können; aber diejenigen, welche nun den Erbtheil sogleich Kraft des Gesetzes, oder durch eine besondere Willenserklärung erhalten, sind nicht Schuldner des Verzichtleistenden; eben so wenig z. B. das Lottogefäll, oder ein Anderer, der etwas durch die Lotterie ausspielen läßt, wenn der Loosinhaber vor der Ziehung sein Loos vernichtet, und dadurch auf den erst möglichen Gewinn Verzicht leistet. — Nur hinsichtlich eines zweifelhaften Rechtes

dürfte es scheinen, daß eine Verzichtleistung auf selbes, wenn sie auch ohne Einwilligung des Verpflichteten, oder ohne Abtretung an einen Andern erfolgt, eine Erlöschung der Verbindlichkeit begründe. Allein eine solche Annahme würde ganz der Natur der Sache widersprechen; denn eine Verzichtleistung auf eine Forderung kann nur dann vernünftiger Weise von Wirkung seyn, wenn sie die Befreyung des Schuldners beabsichtiget. Diese Absicht aber effectuirt der Berechtigte nur dann, wenn er sie dem Verpflichteten ankündiget, und dieser hierzu einwilliget. Williget er nicht ein, welches immer der Fall auch dann ist, wenn er seinen Willen über die ihm angekündigte Befreyung gegen den Gläubiger nicht äußert (nam tacere non est tacito consentire, außer in gesetzlich angenommenen Fällen), so hat der Gläubiger seinen Zweck nicht erreicht, und sein Forderungsrecht bleibt ungetrübt.

Man sage nicht, ein Gläubiger könne einseitig auf sein Recht Verzicht leisten, wie der Eigenthümer einer körperlichen Sache durch Derelinquirung derselben; und so wie im letzteren Falle Jeder, dem die Derelinquirung bekannt geworden ist, die derelinquirte Sache occupiren könne, ohne seinen dießfälligen Willen dem bisherigen Eigenthümer bekannt geben zu müssen, eben so dürfe der Schuldner sich von seiner Schuld befreyt halten, wenn der Gläubiger auf eine ihm erkennbare Weise auf sein Recht Verzicht leistete, ohne die Verbindlichkeit zu haben, seinen Willen befreyt seyn zu wollen, dem Gläubiger zu erkennen zu geben.

Es ist richtig, daß Jeder eine ihm bekannt derelinquirte Sache occupiren könne, ohne dem vorigen Eigenthümer seinen Besitzwillen erkennen geben zu müssen; allein es ist eben so richtig, daß der derelinquirende Eigenthümer seine Sache immer selbst occupiren könne, so lange niemand Anderer durch einen ihm erkennbaren Willensact sie in Besitz genommen hat, welcher Willensact stillschweigend durch die Handlung der Occupation geäußert wird. Eben so verhält es sich auch mit einem Gläubiger, der auf sein Recht Verzicht geleistet hat. Auch er

kann sein Recht gegen den Schuldner wieder geltend machen, so lange er keine Kenntniß von dem Willen des Schuldners erlangt, von der Schuld befreyt seyn zu wollen, welches aber nach der Natur der Sache nicht anders, als ausdrücklich erfolgen kann.

Gäbe man auch zu, daß der Schulderlaß durch eine einseitige Verzichtleistung des Gläubigers aus dem §. 939 gefolgert werden könne, so müßte man consequent auch andere Folgerungen aus diesem Gesetze zugestehen, nämlich: daß Jeder, der auf ein gehofftes, angefallenes oder zweifelhaftes Recht Verzicht leistet, selbes aber an einen Andern gegen Entgeld abtritt, oder selbes dem Verpflichteten mit seiner Einwilligung auch mittelst Bestimmung einer anderen Leistung erläßt: immerhin als Schenker müsse angesehen werden, da das Gesetz keine Unterschiede festsetzt. Die Falschheit solcher Behauptungen springt aber von selbst in die Augen, und wird auch zur Genüge durch die §§. 1381 und 1397 widerlegt. Man ersieht hieraus, daß der §. 939 nur dann einen wahren Sinn gewähre, wenn er mit den beyden §§. 1381 und 1397 in Verbindung gesetzt wird, aus welchem nun hervorgeht, daß der Schulderlaß nur mit Einwilligung des Schuldners, folglich durch einen Vertrag bewerkstelliget werden könne.

Ad b) Der §. 1381 fordert deßhalb die Einwilligung des Verpflichteten in die ihm unentgeldlich gemachte Erlassung, damit die Schenkung ein Vertrag sey, der sie seyn muß; keineswegs aber folgt daraus, daß die Erlassung eines Rechtes, wenn keine Einwilligung des Verpflichteten erfolgt, schon eine rechtliche Wirksamkeit habe, die der Gesetzgeber in keiner Gesetzesstelle der einseitigen Verzichtleistung, weder directe noch indirecte beygelegt hat, und die auch aus der Natur einer solchen Verzichtleistung durchaus nicht entnommen werden kann.

Ad c) Ein Jeder, der ein Versprechen macht, und dadurch einem Andern einen Vortheil zuwenden will, ist an selbes nicht gebunden, wenn dieser das Versprechen in der gesetzlich bestimmten Zeit nicht annimmt §. 862, d. h. sich nicht er-

klärt, den ihm zugedachten Vortheil annehmen zu wollen. Ein Gläubiger, der sich gegen den Schuldner erklärt, ihn von seiner Schuld zu befreyen, ist in der nämlichen Lage; auch er verspricht den Schulderlaß, er wird also auch an sein Versprechen nicht mehr gebunden seyn, wenn der Schuldner sich nicht erklärt, von der Schuld befreyt seyn zu wollen. Würde man dieß nicht zugeben, so ließe sich wirklich nicht begreifen, warum denn gerade nur ein Gläubiger, der doch auch Eigenthümer seines Forderungsrechtes — einer unkörperlichen Sache — ist (§. 353), weniger auf die gesetzliche Begünstigung (§. 862) Anspruch haben sollte, als der Eigenthümer einer körperlichen Sache, die er an einen Dritten übertragen will. Offenbar wäre dieß eine wahre Verletzung der formellen Rechtsgleichheit vor dem Gesetze.

Wäre schon jede einseitige Entsagung immer eine Entsagung zum Vortheile des Schuldners, so würde der Beysatz in dem §. 1444: zum Vortheile des Schuldners, wahrlich überflüssig seyn, indem ohnehin Niemand Anderer als der Schuldner hieraus Vortheil haben kann. Da aber dieser Beysatz ausdrücklich beygefügt ist, so wollte der Gesetzgeber sicher dadurch anzeigen, daß die Entsagung erst mittelst Einwilligung des Schuldners zu Stande komme; und so steht dann dieser §. 1444 im schönsten Einklange mit dem Inhalte der §§. 939 und 1381.

Vielleicht dürfte man zur Einwendung sich verleitet fühlen, daß, wenn der §. 1444 das Nämliche aussage, was die beyden oben erwähnten Gesetzesstellen ausdrücken, derselbe füglich als überflüssig hätte wegbleiben können. Da jedoch von einem weisen Gesetzgeber nicht anzunehmen ist, daß er etwas Ueberflüssiges gesagt haben soll, so müsse man nothwendig behaupten, daß der §. 1381 so wie der §. 939 eine andere Bestimmung enthalte, als der §. 1444, welches dann der Fall ist, wenn man dem §. 1444 den Sinn einer wirksamen einseitigen Verzichtleistung des Gläubigers auch ohne Einwilligung des Schuldners beylegt.

Allein eine solche Annahme ist nicht nothwendig im Gesetze enthalten, und der Natur einer wirksam seyn sollenden Verzichtleistung sogar widersprechend. — Der §. 1444 zählt die Entsagung nur unter den Arten der Erlöschung von Rechten und Verbindlichkeiten auf, die er im dritten Hauptstücke des dritten Theiles im bürgerlichen Gesetzbuche alle angeben wollte; hat also insoferne keine Bestimmung zu enthalten, ob und durch welchen Vertrag sie begründet werde, welche Bestimmung der Gesetzgeber bereits in den §§. 939 und 1381 niedergelegt hat. Die Aussage des §. 1444 enthält also somit nichts Ueberflüssiges. — Ist man ferner von der Meinung, daß schon eine einseitige Verzichtleistung des Gläubigers auf sein Recht eine Befreyung für den Schuldner begründe, nicht bereits im Voraus eingenommen, so läßt sich eine gesetzliche Anerkennung einer solchen Verzichtleistung mit rechtlicher Wirksamkeit durchaus nicht aus dem §. 1444 nachweisen. Man kann nur behaupten, daß der Gesetzgeber von einer solchen Verzichtleistung im §. 1444 nichts gesagt habe. Ob demnach eine solche Verzichtleistung doch von Wirkung seyn könne, muß der Entscheidung des Vernunftrechtes anheim gestellt bleiben, welches aber, bevor es zur Entscheidung schreitet, sowohl die Beschaffenheit einer solchen Verzichtleistung, als auch die freye Rechtssphäre des Gläubigers zu berücksichtigen hat; denn auch im Gebiethe des Vernunftrechtes ist der Satz: da mihi factum, et dabo tibi jus geltend. Die Verzichtleistung des Gläubigers auf sein Recht ist eine freye Verfügung über seine Rechtssphäre, und Niemand erhält hieraus einen Vortheil, als Jener, an welchen er selben zu übertragen sich erklärt. Der aus seiner Rechtssphäre hervorgehende Vortheil hört aber erst dann auf, ein Bestandtheil derselben zu seyn, wenn ihn ein Anderer bereits auf eine ihm erkennbare Weise dem Seinigen einverleibt hat. Dieses geschieht aber nur durch die Erklärung, des zugedachten Vortheiles theilhaftig werden zu wollen. So lange demnach der Schuldner auf diese Art die Einverleibung dieses Vortheiles mit dem Seinigen nicht vor-

nimmt, ein Dritter aber, da er hierbey nichts gewinnen würde, nicht vornehmen kann: so lange hat der Gläubiger sein Schaltungsrecht über seine Forderung auch nicht verloren. — Die Annahme einer rechtlich wirksamen, einseitigen Verzichtleistung widerspricht somit den Grundsätzen des Vernunftrechtes, und da sie auch ein ausdrückliches positives Gesetz nicht anerkennt, ergibt sich von selbst, daß der Schulderlaß nur und erst dann rechtlich wirksam sey, wenn die Einwilligung des Schuldners hinzutritt.

§. 4.

Der Schulderlaß als Schenkung.

Wenn der Gläubiger ein unstreitiges, gehofftes, angefallenes oder ein zweifelhaftes Recht Jemandem unentgeldlich abtritt, so macht er eine Schenkung, aber dadurch entbindet er den Schuldner noch keineswegs von seiner Verbindlichkeit. Wenn er aber oder sein Cessionar den Schuldner mit dessen Einwilligung unentgeldlich von seiner Verbindlichkeit freyspricht, dann ist sein Schulderlaß eine Schenkung (§§. 939 und 1381).

Hinsichtlich einer Schenkung ordnet der §. 943 an, daß aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage, dem Geschenknehmer kein Klagerecht erwachse, wenn dieses Recht nicht durch eine schriftliche Urkunde begründet wurde. Dieses muß man auch von dem unentgeldlichen Schulderlasse, da er eine Schenkung ist, behaupten; denn was von der Gattung gilt, muß insofern auch von der Art gelten, als es die Natur derselben zuläßt, oder insoferne von dem Gesetzgeber nichts Anderes bestimmt wurde. Soll also der Schulderlaß rechtlich wirksam seyn, und in Folge eines hierüber erhobenen Rechtsstreites von dem Richter anerkannt werden, so muß auch diejenige Bedingung vorhanden seyn, von welcher der Gesetzgeber die Wirkung einer Schenkung abhängig macht (§§. 18 und 19).

Der österreichische Gesetzgeber hatte bey Bestimmung der für Schenkungen gewählten Formen die wohlthätige Absicht,

voreiligen, unentgeldlichen Entäußerungen des Eigenthumes wirksam vorzubeugen, dem aus Eigennutz benützten Schwach- oder Leichtsinne, einer unzeitigen wohlwollenden Aufwallung des Gemüthes, oder nicht, oder übel berechneten Folgen einer anwandelnden Großmuth zu Hülfe zu kommen. Er weiß, daß derjenige, der seine Sache verschenken will, wenigstens in dem Momente, wo er den Gegenstand unentgeldlich hingibt, selben gewiß noch vorerst berücksichtiget; denn er sieht noch den werthvollen Gegenstand, der seiner Rechtssphäre entschwinden soll, und diese vermindert, ohne dafür Ersatz zu erhalten. Der Anblick des zu verlierenden Gegenstandes kann seinen Willen, sie schenkungsweise hinzugeben, noch schwankend machen, und ihn an die Uebereilung erinnern, die seine Gutmüthigkeit weckte. Schreitet er aber zur Uebergabe des zu schenken versprochenen Gegenstandes, dann erkennt der Gesetzgeber seinen festen unwandelbaren Willen; denn er verwirklichet ihn durch die That selbst. — Nicht minder erkennt der Gesetzgeber eine Beharrlichkeit des schenkenden Willens, wenn der Schenker dem Beschenkten eine schriftliche Urkunde überreicht. Der Gesetzgeber beurtheilt ganz richtig, daß die Zeit, die der Schenker zur Anfertigung der Schenkungsurkunde benöthiget, seinem Verstande noch Muße gewährt, bey dem Gedanken an die vorhabende Schenkung zu verweilen, und eine Handlung näher dem Auge des Gemüthes zur Prüfung zu rücken, zu der er sich vielleicht zu vorschnell entschloß.

Wenn nun der Gesetzgeber in solchen Fällen, in denen Jemand wirkliche Objecte auf Andere unentgeldlich überträgt, durch Feststellung dieser beyden Formen schützende Vorsorge trägt, so ist auch mit Grund anzunehmen, daß der weise Gesetzgeber consequent seine wohlthätige Absicht gewiß auch auf solche Fälle erstrecken werde, bey welchen sich die Freygebigkeit leichter zu äußern pflegt. — Es ist ein Zug edler Herzen, Wohlthaten größerer Art, und mit Zartheit zu üben, wenn sie durch die Betrachtung der bedrängten Lage ihrer Schuldner, oder durch wahre, oft zwar auch durch täuschende Schilderun-

gen ihres Elendes innerlich sich gleichsam aufgefordert fühlen, ihren Schuldnern die drückende Last zu erleichtern, oder sie ganz davon zu befreyen. In solchen Fällen nun stellt sich dem Sinne der Gegenstand der Entäußerung nicht so lebhaft dar, als wie bey der Ueberlassung körperlicher Gegenstände; und die Verminderung der Rechtssphäre zeigt sich im Momente des Schulderlasses nicht so fühlbar, als wie durch die Hingabe sinnenfälliger Objecte, besonders, wenn Gläubiger zum Erlaß ihrer Forderungen in der Voraussicht bewogen werden, von ihren Schuldnern ihr Guthaben nur sehr schwer, oder vielleicht gar nicht zu erhalten. Leichter auch entschließt man sich, ein Gut, was wir zwar fordern können, aber nicht besitzen, fahren zu lassen, als ein durch die Sinne wahrnehmbares Object selbst aus seiner Rechtssphäre weg- und hinzugeben, und weniger berechnet man die nachtheiligen Wirkungen einer unentgeldlichen Rechtsbegebung, als ein wirkliches Hingeben einer körperlichen Sache. — Sollte unter solchen Umständen nicht auch ein Gläubiger, der seinem Rechte entsagt, eben so auf den Schutz seines Rechtes, wenn er selbes nicht unter Beobachtung der im §. 943 bestimmten Formen aufgegeben hat, Anspruch machen können, als der Eigenthümer einer körperlichen Sache, der selbe unentgeldlich hingibt? Warum hätte wohl der unentgeldliche Schulderlaß nach dem §. 1381 die Natur einer Schenkung, wenn er nach den gesetzlichen Vorschriften nicht doch nach den Bestimmungen über Schenkungen sollte beurtheilt werden? Es ließe sich auch fürwahr kein haltbarer Grund aufstellen, warum ein, durch einen unentgeldlichen Schulderlaß schenkender Gläubiger nicht eben so auf den Schutz der Gesetze sollte Anspruch machen können? Gerade dadurch, daß der unentgeldliche Schulderlaß ausdrücklich als eine Schenkung anerkannt ist, leuchtet die Absicht des Gesetzgebers hervor, daß er diesem seinen Schutz angedeihen lasse, und daß hieraus sowohl für den Verzicht leistenden Gläubiger, als dritte Personen, wohlthätige Folgen entspringen, besonders, wenn man mehrere der bey Schenkungen eintretenden

Widerrufungsfälle berücksichtiget. Hat ein Gläubiger mit dem Schulderlaß keine Schenkung gemacht, nämlich, wenn er die Schenkung nur mündlich machte, so hat er nicht nöthig, falls er in Dürftigkeit geräth, sich mit den Zinsen der überlassenen Schuld zu begnügen, sondern er kann immer auf die Bezahlung der ganzen fälligen Schuld dringen. Unterhalts-, Pflichttheilsberechtigte und Gläubiger haben nicht nöthig, den mündlichen Schulderlaß zu widerrufen, und gegen den Beschenkten den schwierigen, und in den meisten Fällen größtentheils unmöglichen Beweis zu liefern, daß der Beschenkte noch den Werth der Forderung besitze. Die Forderung des Unterhaltsverpflichteten, so wie der andern kann sich immerhin wirksam an der Forderung ihres Schuldners, die er noch immer an Dritte hat, zeigen, somit in Folge der Execution von diesen Dritten eingebracht werden.

Diese Widerrufungsfälle einer Schenkung beweisen zugleich auch, wie nachtheilig und gefährlich es wäre, einer einseitigen Verzichtleistung des Gläubigers ohne Einwilligung des Schuldners rechtliche Wirksamkeit beyzulegen. Verletzungen der Rechte dritter Personen würden häufig eintreten, ohne daß diesen, wenn der Erlassende unvermögend wäre, geholfen werden könnte. Wie leicht könnte Jemand durch solch' einseitige Schuldentsagung Jene, denen er einen Unterhalt zu verabreichen, denen er einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist, so wie seine eigenen Gläubiger gefährden? Sie Alle hätten kein Recht, den Schulderlaß weder ganz noch zum Theile zu widerrufen, weil der Schulderlaß ohne Einwilligung des Schuldners keine Schenkung ist, und nur Schenkungen von ihnen widerrufen werden können. Sollte man wohl glauben, daß einseitige Verzichtleistungen eines Gläubigers eine größere Kraft, eine stärkere Rechtswirkung zum Nachtheile dritter Personen, ja für den Gläubiger selbst haben sollen, als Verzichtleistungen mit Einwilligung des Schuldners? Welch' haltbarer vernünftiger Grund, welch' durchgreifende Absicht des Gesetzgebers ließe sich wohl anführen, daß ein Schuldner, an den der Er-

laß gemacht wurde, zur Wiederzahlung, oder Vergeltung nur dann und deßhalb verpflichtet sey, wenn er in die Schuldentsagung des Gläubigers eingewilliget, nicht aber dann, wenn er nicht eingewilliget hat? Sollte man wohl glauben, daß die wohlthätige Absicht des Gesetzgebers so wenig umsichtig gewesen seyn sollte, Rechte dritter Personen, bloß in Folge gemachter Schenkungen, nicht aber in Folge geschehener einseitiger Verzichtleistungen zu schützen? Sollte es wahrscheinlich seyn, daß sich ein Gläubiger um die Rechtswohlthat des Unterhaltes im Falle eintretender Dürftigkeit durch eine einseitige Verzichtleistung auf seine Forderung habe bringen wollen? Welches Interesse könnte ein Gläubiger haben, eine Verzichtleistung ohne Einwilligung seines Schuldners einer Verzichtleistung mit Einwilligung desselben vorzuziehen? Ist es überhaupt ein beseeligendes Gefühl, Menschen Wohlthaten zu erweisen, so ist doch gewiß anzunehmen, daß auch ein Gläubiger sich dieses Gefühles nicht entschlagen werde, und die Wonne genießen wolle, durch die Aeußerung seines Schuldners zu vernehmen, daß er sein Wohlthäter sey. — Leicht wird man allen diesen Inconvenienzen ausweichen, wenn man der einseitigen Verzichtleistung, d. h. ohne Einwilligung des Schuldners alle rechtliche Wirkung abspricht, die sie ohnehin nach der Natur der Sache nicht haben kann, von der positiven Gesetzgebung ihr aber auch nicht beygelegt worden ist.

§. 5.

Form des Schulderlasses als Schenkung.

Da der unentgeldliche Schulderlaß eine Schenkung ist, Schenkungen aber nach dem §. 943 an gewisse Formen gebunden sind, so ist nun zu erwägen, ob beyde der im §. 943 erwähnten Formen, oder nur die eine oder die andere bey dem Schulderlasse Platz greifen könne? Soll der Schulderlaß durch eine Uebergabe bewerkstelliget werden, so wäre, da weder das Recht, auf welches Verzicht geleistet wird, noch die Verbindlichkeit, die erlassen wird, eine körperliche Sache ist, entwe-

der nur eine Uebergabe durch Zeichen oder durch Erklärung nach den §§. 427 und 428 zuläßig.

Allein weder die eine, noch die andere Uebergabsart, wovon diese Paragraphe Erwähnung machen, kann bey dem Schulderlasse eintreten. Nicht die Uebergabe durch Zeichen; denn um diese zu bewirken, müßte eine Urkunde übergeben werden, wodurch das Eigenthum des Uebernehmers dargethan würde. Allein aus der zurückerhaltenen Urkunde (Schuldbrief) erhellet keineswegs für den befreyt seyn sollenden Schuldner das Eigenthum des früher seinem Gläubiger zugestandenen Forderungsrechtes; denn der Schuldner erhält durch den Schulderlaß nicht das Forderungsrecht des Gläubigers, sondern er wird bloß von seiner Verbindlichkeit befreyt, wodurch eine gänzliche Erlöschung des bisherigen Rechtsverhältnisses bewirkt wird.

Nichts desto weniger gibt es Viele, welche behaupten, daß zur Bewirkung und zum Beweise des Schulderlasses die Aushändigung der Schuldurkunde hinlänglich genug sey, und beziehen sich dießfalls vorzüglich auf den §. 1407, welcher den Beweis liefere, daß die Aushändigung der Schuldurkunde an den Schuldner diesen gegen seinen Gläubiger von aller Haftung, also auch von der Zahlung befreye. Da also, sagen sie, der Gesetzgeber die Befreyung des Schuldners ausdrücklich auch von der Aushändigung, d. i. Uebergabe der Schuldurkunde an den Schuldner abhängig macht, und weiter nichts mehr fordert, somit von der Regel über die für Schenkungen bestimmten Formen eine ausdrückliche Ausnahme macht, so sey man nicht berechtiget, den Gläubiger an Formen zu binden, von denen ihn der Gesetzgeber selbst enthoben hat. Die Uebergabe der Schuldurkunde, bemerken sie, entspräche aber auch der über Schenkungen waltenden wohlthätigen Absicht des Gesetzgebers zur Genüge. Er hat die für Schenkungen bestimmten Formen deßhalb eingeführt, um den Schenker zu einer reifen Ueberlegung dessen, was er thut, zu bestimmen. Diese Absicht werde aber sicher auch dann erreicht, wenn er fordert, daß der Gläubiger, welcher seinen Schuldner befreyen will, demselben die

Schuldurkunde aushändigen soll; denn da der Gläubiger sich auf diese Art seines Beweismittels beraubt, so zeige er gerade dadurch seinen ernstlichen Willen, die Schuld erlassen zu wollen. Der Gesetzgeber gibt dadurch zu erkennen, daß er sehr wohl wisse, daß bey dem Schulderlasse eine Uebergabe, wie sie der §. 427 fordert, nach der Natur dieses Geschäftes nicht möglich sey, und daß die Aushändigung der Schuldurkunde dem Zwecke des Schulderlasses schon vollkommen entspreche.

Ich bin jedoch weder mit dieser Behauptung noch mit dem dafür gelieferten Beweise einverstanden. Allerdings mag diese Ansicht in der Praxis angenommen seyn, nach der Theorie des Gesetzes, welche doch die Praxis anzuwenden berufen ist, ist sie wenigstens nach meiner Ueberzeugung unrichtig. Die Aushändigung und Annahme des Schuldbriefes begründet für den Schuldner nur die gesetzliche Vermuthung der geleisteten Zahlung §. 1428, schließt also selbst nicht einmahl den Beweis der nicht geschehenen Zahlung aus. Der §. 427, der von der Uebergabe einer Schuldforderung an einen Andern mittelst Ausstellung einer Urkunde spricht, bezieht sich nur auf eine Cession, nicht aber auf eine Schuldbefreyung. Durch diese erlischt die Schuldforderung und wird nicht an einen Andern übertragen. Bey einer Cession findet die Uebergabe durch Aushändigung einer Urkunde Statt, aber keineswegs würde die bloße Uebergabe des Schuldbriefes der Regel nach (§. 1393) genügen, weil dadurch das Eigenthum der Schuldforderung für den Cessionar noch nicht dargethan wird. Es muß also diesem eine Cessionsurkunde übergeben werden, damit er sich als neuer Eigenthümer der Forderung ausweisen könne. Mit diesem Falle darf man aber den Befreyungsact des Gläubigers nicht verwechseln. — Was den aus dem §. 1407 gelieferten Beweis betrifft, so liefert er nicht im Geringsten die Ueberzeugung, daß die Aushändigung der Schuldurkunde allein schon die rechtliche Wirksamkeit der Schuldentsagung begründe. — Wenn der Schuldner seinem Gläubiger statt der Bezahlung, die er ihm leisten soll, eine Assignation an einen Dritten übergibt, so

nimmt sie dieser nur in der Voraussetzung an, daß der Assignat selbe auch wirklich acceptire, und die acceptirte zur bestimmten Zeit bezahle; denn das zwischen dem Assignanten und dem Assignatar vorgenommene Geschäft der Assignation ist ein entgeldliches, durch welches die Verbindlichkeit zur Gewährleistung begründet wird, und die darin besteht, daß der assignirende Schuldner seinem Assignatar für die richtig erfolgende Acceptation und Bezahlung hafte. Der Gesetzgeber konnte sich allerdings für die Befreyung von dieser Haftungsverbindlichkeit mit der durch die Aushändigung der Schuldurkunde an den Tag gelegten stillschweigenden Erklärung des Gläubigers begnügen, weil er damit den Schulderlaß nicht als eine Schenkung bewerkstelliget. Der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner eine Assignation erhielt, und diesem seinen Schuldbrief aushändiget, sagt im Grunde, daß ihm die erhaltene Assignation statt der Bezahlung genüge, daß er sie also als ein vollkommenes Aequivalent für die sonst an ihn zu leistende Zahlung ansehe. Aber auch selbst in diesem Falle ist der Schuldner nicht immer von der Zahlungsverbindlichkeit, die ihm früher gegen seinen Gläubiger oblag, frey geworden, nämlich dann nicht, wenn die Assignation keine Cession ist (§. 1408); denn hat der Assignat den Assignatar befriediget, so wendet sich der Assignat an den Assignanten um Rückbezahlung in Folge des zwischen ihnen bestehenden Vollmachtsverhältnisses (§§. 1009 und 1014).

§. 6.

Fortsetzung.

Auch eine Uebergabe durch die Erklärung des Gläubigers kann nach dem §. 428 bey dem Schulderlasse nicht Statt finden. Nicht die erste Art der in diesem Paragraph bezeichneten Erklärung, wodurch der Veräußerer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, die Sache künftig im Namen des Uebernehmers inne zu haben; denn ein Gläubiger, der sich erklärt, seinen Schuldner zu befreyen, begibt sich gänzlich des

Rechtes auf seine Forderung, und da kann sicher nicht die Rede von einer nun fortzusetzenden Innehabung im Namen des Schuldners seyn, die noch dazu eine körperliche Sache voraussetzt. Auch die zweyte Art der Erklärung, daß der Uebernehmer die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftig aus einem dinglichen Rechte besitzen solle, ist auf den Schulderlaß nicht anwendbar; denn diese setzt auf Seite des Erwerbers eine bisherige Innehabung einer dem Veräußerer gehörigen Sache voraus. Der Schuldner hatte aber bis zum Zeitpuncte des Schulderlasses nur eine Verbindlichkeit, und diese kann man doch sicher nicht als eine bisherige Innehabung des Forderungsrechtes, welches dem Gläubiger zustand, ansehen. Noch weniger kann bey dem Schulderlasse von der Erwerbung eines dinglichen Rechtes auf Seite des Schuldners gesprochen werden, welches doch durch die zweyte Art der Erklärung nach §. 428 übertragen werden will. Hatte der Gläubiger nur ein persönliches Recht, so kann er selbst kein dingliches Recht übertragen. Hatte er aber wirklich ein dingliches Recht — ein Pfandrecht — so hatte der Gläubiger durch die seinem Schuldner zugesicherte Schuldbefreyung nicht die Absicht, ihm sein Pfandrecht zu übertragen, sondern den Schuldner von der Beschränkung seines Eigenthums, von der Pfandverbindlichkeit zu entheben.

§. 7.

Fortsetzung.

Aus dem bisher Erörterten ergibt sich zur Genüge, daß der Schulderlaß durch eine Uebergabe weder durch Zeichen, noch durch eine bloße Erklärung des Gläubigers nach den §§. 427 und 428 bewirkt werden könne. Es erübriget also nur noch die zweyte im §. 943 angegebene Form, nämlich: Ausstellung einer schriftlichen Urkunde. Diese Form kann beobachtet werden, nämlich dadurch, daß der Gläubiger dem Schuldner über die Schuldbefreyung eine Erlaßquittung ausstellt. Diese Form

muß auch beobachtet werden, da die Schuldbefreyung eine Schenkung ist, und nur durch diese Form Rechte begründet werden können, damit die vom Gesetze vorgeschriebene Bedingung beobachtet werde §§. 18 und 19. Die Bedingung zur Begründung einer wirksamen Schenkung stellt der §. 943 fest. Da der §. 1381 den unentgeldlichen Schulderlaß als eine Schenkung erklärt, und von der Beobachtung der für Schenkungen vorgeschriebenen Formen, so weit sie nach der Natur des Schulderlasses befolgt werden können, nicht entbindet, so ist die zweyte im §. 943 bezeichnete Form, da die erste keine Anwendung leidet, nothwendig auch zu beobachten.

Die Ausstellung der Schulderlaßquittung ist aber nicht, wie man vielleicht glauben möchte, eine Uebergabe durch Zeichen oder durch Erklärung. Die schriftliche Urkunde, welche der Gläubiger ausstellt, enthält bloß die Begebung des Rechtes auf seine bisherige Forderung, ist aber keineswegs eine Uebertragungsart des Forderungsrechtes an seinen Schuldner. Auch wird die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde im §. 943 geradezu der Uebergabe entgegengesetzt. Die Uebergabe begründet ein dingliches Recht, was durch den Schulderlaß nicht bewerkstelliget werden kann; die Urkunde hingegen nur immer ein persönliches Recht zur Sache, die der Schenker übergeben soll. Durch den mittelst einer Urkunde bewirkten Schulderlaß wird der Schuldner frey; er wird berechtiget, die Aushändigung des Schuldbriefes, des gegebenen Pfandes und die Löschungsbewilligung einer allenfalls für die Schuld bestellten Hypothek zu fordern. Er ist auch befugt, falls der Gläubiger ungeachtet des gemachten Schulderlasses seine Forderung doch gegen den Schuldner gerichtlich einklagen sollte, sich mit der Einwendung des geschehenen Schulderlasses als einer Schenkung zu schützen.

Eine solche Befreyungsurkunde hat der Gläubiger dem Schuldner auch dann auszustellen, wenn er ihn auch nur zum Theile von der Schuld befreyt. Eine bloße Abschreibung des erlassenen Betrages auf dem Schuldbriefe an der Schuldsumme

würde nicht wie bey einer Abschlagszahlung genügen. Die Abschlagszahlung ist keine Schenkung, sondern eine theilweise Erfüllung der Schuldverbindlichkeit; der Erlaß hingegen ist eine vom Gläubiger dem Schuldner gemachte Schenkung, somit muß die für Schenkungen vorgeschriebene Form auch hier beobachtet werden.

§. 8.

Einwendungen dagegen.

a) Die Formen, welche der §. 943 zur rechtlichen Wirksamkeit einer Schenkung feststellt, beziehen sich nur auf solche Schenkungen, durch welche eine Sache überlassen werden will. Ueberlassen heißt, Jemandem die Einwirkung auf eine diesem bisher nicht gehörige Sache gestatten. Dieser Ausdruck erhält bey Verträgen die Beschränkung, daß in Folge des Ueberlassens auch eine Uebergabe erfolge, wie dieses schon aus den §§. 1045 und 1053 an sich, so wie mit Hinsicht auf die §§. 951, 957, 983 und 1368, aber auch aus der Verbindung der §§. 939 und 943 erhellet. Erlassen hingegen heißt, Jemanden von einer wirklich schuldigen oder schuldig geachteten activen oder passiven Leistung (auch Strafe) befreyen. Der Ausdruck überlassen bezieht sich also nach der gesetzlichen Ansicht auf die Erwerbung einer Sache für den Beschenkten. Durch die Erlassung der Schuld hingegen erwirbt der Beschenkte nichts, ihm wird das Forderungsrecht des Gläubigers nicht überlassen; denn ein solcher Schuldner kann nie in die Lage kommen, die angebliche Schenkung wieder an jemand Andern zu überlassen, worin doch eine wesentliche Wirkung des Eigenthumsrechtes besteht. Nimmt man aber auch an, daß durch den Schulderlaß der Gläubiger sein Recht auf den Schuldner übertrage, so würde man eine Consolidation, also doch wieder eine Erlöschung, nicht aber eine Erwerbungsart annehmen müssen. — Es ist zwar möglich, daß das Erlassen auch mit einer Ueberlassung zusammentreffe, z. B. wenn ich meinem Entlehner die Zurückstellung der mir gehörigen Sache für immer

erlasse. Allein in diesem Falle ist der Erlaß nichts anders, als eine Uebergabe der Sache durch Erklärung (§. 428). Jede Schenkung setzt auch eine Sache, eine körperliche oder unkörperliche (§§. 292, 298 und 1397) voraus. Verbindlichkeiten hingegen kann man nicht dazu zählen; denn 1.) drücken sie nur eine persönliche Nothwendigkeit gegen den Berechtigten aus, und sind nur nothwendige Bedingungen für die dem Rechte entsprechenden Objecte der Leistung. Der Verpflichtete kann über seine Verbindlichkeit nicht, wie über eine Sache, verfügen, ohne sich einer Rechtsverletzung auszusetzen. Erlischt aber eine Verbindlichkeit durch eine Verfügung des Berechtigten über sein Recht, so ist dieß nur Folge der befugten Disposition des Berechtigten über sein Recht, nicht aber zunächst eine Verfügung über die Verbindlichkeit des Verpflichteten. 2.) Sieht der österreichische Gesetzgeber nur Rechte, nirgends aber Verbindlichkeiten als Sachen an (§§. 292, 311 mit Hinsicht auf die §§. 313, 351, 427, 442, 511, 653, 825, 1293, 1381 und 1382 u. s. w.).

b) Der österreichische Gesetzgeber, welcher im §. 943 die Formen einer wirksamen Schenkung aufstellte, hatte nur Schenkungen in dem von ihm im §. 938 angegebenen Sinne vor Augen, nämlich als Verträge, wodurch Jemand eine Sache unentgeldlich in seinen Besitz bekömmt, die er bisher nicht hatte. Daß dieß aber wirklich der Fall ist, ergibt sich deutlich aus dem §. 943 selbst. Die in dieser Gesetzesstelle erwähnte Uebergabe setzt eine Sache voraus, die der Beschenkte erwerben soll. Das Klagerecht, welches durch eine schriftliche Urkunde auf die geschenkte Sache begründet wird, setzt gleichfalls eine zu erwerbende Sache voraus; denn wozu sollte wohl dem Beschenkten ein Klagerecht eingeräumt seyn, wenn es nicht auf die Uebergabe der Sache gerichtet wäre? Eine Erwerbung findet aber bey dem Schulderlasse durchaus nicht Statt. Es ist zwar wahr, daß sich das Vermögen des Schuldners vergrößert darstellt, wenn sich seine Schuldigkeiten hinsichtlich desselben vermindern, was richtig durch den Schulderlaß bewirkt wird. Allein

diese Vergrößerung seines Vermögens ist keine positive, keine wirkliche, sondern nur eine negative, ideelle Sacherwerbung, indem er nur von seinem gegenwärtigen Vermögen nichts weggeben darf. Ein Schuldner, der eine Schuld zu bezahlen hat, vermindert sein Vermögen erst dann wirklich, wenn er bezahlt. So lange er nicht bezahlt hat, ist sein Vermögen nur ideell verringert, somit dasselbe nur ideell vermehrt, wenn ihm die Bezahlung erlassen wurde. Ist zwar gleich der unentgeldliche Schulderlaß als eine Schenkung im §. 1381 anerkannt, so ist er es doch nur analog. Gefolgert aber daraus kann nicht werden, daß deßhalb auch die Formen, die für Schenkungen nach dem §. 938 über sie aufgestellten Begriffe festgesetzt wurden, auch bey dem Schulderlaß angenommen werden müssen.

c) Nach dem §. 883 ist es den Partenen unbenommen, in was immer für einer Form Verträge zu schließen, ohne daß hierin eine Verschiedenheit in Ansehung der Verbindlichkeiten begründet würde. Von dieser Regel macht der Gesetzgeber nur für einige Fälle, da er eigene Formen hierfür aufstellt, eine Ausnahme. Solche Ausnahmen bestätigen aber offenbar für alle nicht ausgenommenen Fälle die Regel. Nach dem §. 943 ist die Ausstellung einer Urkunde an den Beschenkten nur deßhalb vorgeschrieben, um für diesen ein Klagerecht auf die geschenkte, aber noch nicht übergebene Sache zu begründen. Welches Klagerecht soll aber für den Schuldner durch den Schulderlaß begründet werden? Ist die Schuld erlassen, so kann nur gegen ihn keine Klage seines Gläubigers mehr Statt finden. Der Befreyte hat gegen seinen Gläubiger nichts einzuklagen, weil er nichts zu fordern hat. Damit sich aber der Schuldner gegen eine doch mögliche, gegen ihn zu erhebende Klage des Gläubigers durch die Einwendung des ihm gemachten Schulderlasses schützen könne, fordert das Gesetz die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde nicht. Wir aber sind nicht ermächtiget, den erlassenden Gläubiger an Formen zu binden, welche ihm das Gesetz selbst nicht auferlegt hat. Hieraus nun ergibt sich, daß der Schulderlaß auch ohne

Ausstellung einer schriftlichen Urkunde rechtliche Wirksamkeit begründen könne.

§. 9.

Widerlegung dieser Einwendungen.

Ad a) Es läßt sich zwar nicht in Abrede stellen, daß die Ausdrücke überlassen und erlassen nach der angegebenen Bedeutung, so wie hinsichtlich der Wirkung dadurch sich unterscheiden, daß durch die Erlassung der Schuldner kein neues Object, so wie in Folge einer Ueberlassung erhält. — Allein der Ausdruck: überlassen, hat nicht bloß die oben §. 8 angegebene Bedeutung, sondern auch noch andere. Ueberlassen heißt auch, irgend eine Leistung Jemandens Willkür anheimstellen, z. B. wenn man sagt: ich überlasse es Dir, wenn Du mir die schuldigen 100 fl. bezahlen willst, §. 904. Ferner wird Ueberlassen häufig gleichbedeutend mit Belassen genommen. Belassen heißt, Jemanden eine uns gehörige Sache, die er zwar inne hat, aber worauf ihm nie, oder jetzt kein Recht mehr zusteht, in der Art gewähren, daß man selbe entweder gar nicht, oder durch einige Zeit nicht zu fordern sich erklärt [1]). Z. B. Wenn ich Jemandem die geliehene Sache nach Ablauf der Zeit ferner belasse, in welchem, so wie in andern ähnlichen Fällen man sehr gewöhnlich zu sagen pflegt: ich überlasse ihm die Sache noch länger, oder ganz.

Auch durch den Erlaß der Schuld beläßt man Jemandem etwas, was dieser zu leisten verpflichtet war, oder mit andern Worten, man überläßt dem Schuldner das, was man von ihm zu fordern hat. Der Erlaß ist somit ein Belassen, also ein Ueberlassen im weiteren Sinne des Wortes. — Zu dem objectiven Umfange einer Schenkung gehören aber nicht bloß Sachen, die unentgeldlich übergeben werden können, sondern auch

---

[1]) Belassen heißt auch den bisherigen Zustand einer Sache oder eines Verhältnisses unverändert lassen. Diese Bedeutung ist aber nicht immer eine juridische, und für den Schulderlaß von gar keinem Werthe.

der unentgeldliche Erlaß einer Verbindlichkeit, wie dieses indirect aus dem §. 939 und direct aus dem §. 1381, welcher sich auf den §. 939 bezieht, deutlich erhellet. Erst, nachdem der Gesetzgeber den objectiven Umfang einer Schenkung bestimmt hat, spricht er von der Form einer rechtlich wirksamen Schenkung; ein Zeichen, daß diese auch bey einer unentgeldlichen Rechtsentsagung Statt finden müsse. Gehört also der unentgeldliche Schulderlaß zu dem objectiven Umfang einer Schenkung, so muß in diesem Falle auch das Wesen einer Schenkung, wodurch etwas unentgeldlich überlassen wird, gleichfalls hieran erkennbar seyn, welches sich aber nur dadurch bewährt, daß man den im §. 938 angegebenen Ausdruck überlassen in weiterer Bedeutung nimmt. Würde man diese weitere Bedeutung nicht annehmen, so müßte man den Gesetzgeber selbst der größten Inconsequenz beschuldigen. Das Recht, auf welches der Gläubiger Verzicht leistet, kömmt zwar freylich nicht in die Rechtssphäre des Schuldners, er kann also auch nicht darüber disponiren; aber läugnen kann man es nicht, daß der Schuldner nun über das Object, worauf der Gläubiger bisher ein Recht hatte, und ohne welches das Recht nur ein leerer Schall wäre, vollkommen frey verfügen kann, welches er früher als rechtlich denkender Bürger nicht konnte. — Es ist wahr, daß Verbindlichkeiten keine unkörperlichen Sachen sind, und daß der Schuldner ohne Rechtsverletzung des Gläubigers nicht eigenmächtig über selbe verfügen kann; allein dieß beweiset nicht, daß der Schulderlaß nicht eine Schenkung seyn könne. So lange die Verbindlichkeit des Schuldners besteht, ist ohnehin kein Schulderlaß, somit auch keine Schenkung vorhanden; tritt aber der Schulderlaß ein, so erlischt auch sogleich die Verbindlichkeit. Es ist also wahrhaft unnütz, in Beziehung auf den Schulderlaß sich über das Wesen einer Verbindlichkeit abzumüden.

Ad b) Nach dem gesetzlich bezeichneten Umfange einer Schenkung §§. 938, 939 und 1381, bezieht sich eine Schenkung nicht nothwendig auf die unentgeldliche Erwerbung von

Sachen, die man bisher noch nicht in seinem Besitze hatte, sondern auch auf die Erwerbung einer freyen Disposition über Sachen, die man hatte, hinsichtlich deren man aber bisher beschränkt war. Daß die im §. 943 bezeichnete Uebergabe in Folge der Schenkung sich auf eine Sache bezieht, die man erst in seinen Besitz bekommen soll, ist wahr. Es wurde aber oben im §. 7 auch gezeigt, daß eine Uebergabe nach der Natur des Schulderlasses bey diesem nicht Statt finde, weil hierdurch nichts übergeben wird. Die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde, die eine Erwerbung voraussetzt, ist aber bey dem Schulderlasse anwendbar, denn auch durch ihn wird eine Erwerbung, ähnlich wie durch eine Uebergabe, begründet. Indem der Gläubiger seine Forderung erläßt, verbleibt dem Schuldner der Theil des Vermögens, um welchen er es sonst hätte vermindern müssen; sein Vermögen ist dadurch nicht bloß ideell, sondern wirklich reell vermehrt, das Vermögen des Gläubigers hingegen reell vermindert; indem er ein Object durch den Schulderlaß verloren hat, welches er sich wieder hätte zuwenden können. Zwar ist diese Erwerbung für den Schuldner negativer Art; allein nach dem gesetzlich bestimmten Umfang einer Schenkung gehört auch eine unentgeldliche, negative Erwerbung eines Vortheiles dahin.

Ad c) Daß durch die Ausstellung einer schriftlichen Urkunde für den Schuldner wenigstens dann ein Klagerecht begründet werde, wenn er seinem Gläubiger einen Schuldbrief, ein Pfand eingehändiget, eine Hypothek bestellt hat, kann sicher keinem Bedenken unterliegen. Aber auch in Ermanglung dieser Umstände ist die Ausfertigung einer schriftlichen Urkunde nothwendig, um sich gegen eine allfällige Klage des Gläubigers durch die Einwendung des Schulderlasses schützen zu können. Der Gesetzgeber spricht zwar im §. 943 von der Begründung eines Klagerechtes; seine Absicht dabey ist aber lediglich keine andere, als die, daß der Beschenkte ein Mittel habe, sein aus der Schenkung erworbenes Recht g e r i c h t l i c h g e l t e n d z u m a c h e n. Eine gerichtliche Geltendmachung eines

Rechtes tritt aber auch dann ein, wenn sich der Schuldner mit der Einwendung des Schulderlasses gegen eine Klage seines Gläubigers zu schützen sucht; denn dadurch macht er sein Recht auf Befreyung von der Schuld gerichtlich geltend. — Wenn man ein Gesetz auslegt, so darf man demselben nicht geradezu den Verstand beylegen, welcher sich bloß aus den Worten desselben ergibt, sondern es muß hierbey auch die Absicht des Gesetzgebers berücksichtiget werden §. 6. Nur aus dieser vereinten Auslegung ergibt sich der wahre, natürliche Sinn, den der Ausleger aufzufinden sich bestreben soll.

Daß man unter Actio, Klage nach dem römischen Civilrechte, jedes Mittel verstand, welches auf gerichtliche Verfolgung und Aufrechthaltung eines Rechtes abzweckt, zeigen mehrere Stellen dieses Rechtes sehr deutlich. So heißt es in pr. J. 4, 6. Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur; in fr. 1. D. 44, 1. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus excipiendo actor est. Der hieraus entstandene juridische Sprachgebrauch, vermöge welchem man unter Klage jedes Mittel verstand, sein Recht gerichtlich geltend zu machen, hat sich immer erhalten, und der österreichische Gesetzgeber ist hiervon im Civilrechte auch nicht abgewichen. Gewiß ist es auch, daß man im gerichtlichen Wege sein Recht durch die Einwendungen eben so zu verfolgen und zu erhalten sucht, wie durch eine Klage. So wie der Gesetzgeber dem Beschenkten behülflich ist, sein Recht auf die geschenkte aber nicht übergebene Sache gerichtlich geltend zu machen: eben so schützt er einen durch den Schulderlaß Beschenkten, indem er auch ihm die Befugniß ertheilt, sein Recht auf Befreyung von der Schuld gerichtlich geltend zu machen. Ersteren durch Einräumung einer Klage, Letzteren durch die Gewährung einer Einwendung. Erklärte der Gesetzgeber einmahl den unentgeldlichen Schulderlaß als eine Schenkung, und ist es seine unverkennbare Absicht, dem Beschenkten das ihm durch den reiflich geäußerten Willen des Schenkers gewährte Recht auch gerichtlich zu wahren, so muß sich diese

Absicht auch auf den Schulderlaß erstrecken. Ein Schenker, der erst geklagt werden kann, wenn er die Schenkung durch die Aushändigung einer schriftlichen Urkunde bekräftiget hat, wird also auch dann erst beym Schulderlasse mit der Einwendung der Befreyung abgewiesen werden können, wenn er über selben seinem Schuldner eine Erlaßquittung zugefertiget hat. Es spricht also auch die Absicht des Gesetzgebers dafür, daß hier der Ausdruck Klagerecht in weiterer Bedeutung genommen werden müsse.

§. 10.

Der Schulderlaß als Vergleich.

Ist die Forderung des Gläubigers streitig oder zweifelhaft, und kömmt er mit seinem Schuldner dahin überein, ihm die Schuld zu erlassen, wenn auch dieser sich verbindet, von seiner Seite etwas zu geben, zu thun, oder zu unterlassen, so zeigt sich der Schulderlaß als Vergleich. §. 1380. Da der Vergleich gleichfalls ein Neuerungsvertrag ist, so erlischt das bisherige Forderungsrecht des Gläubigers, und ein anderes tritt an dessen Stelle. Der Vergleich ist, wie der §. 1380 sagt, ein zweyseitig verbindlicher Vertrag, ein Vertrag gegen Entgeld. §. 864. Nach der Natur dieser Verträge, also auch zu einem Vergleiche ist erforderlich, daß beyde Theile einander Rechte übertragen und wechselseitig annehmen. Der Schuldner muß daher, wenn ihm der Gläubiger durch die Unterlassung seines bisherigen Forderungsrechtes — Schulderlaß — das Recht der Befreyung überträgt, sich verbinden, dem Gläubiger statt des bisher zu Fordernden etwas anderes zu geben, ihm etwas zu thun, oder zu seinem Vortheile etwas zu unterlassen. Würde der Schuldner gegen den Erlaß der streitigen oder zweifelhaften Forderung, auf Verlangen des Gläubigers sich verpflichten einem Dritten etwas zu geben, zu thun, oder zum Vortheil desselben etwas zu unterlassen, so wäre der Schulderlaß kein entgeldlicher Vertrag, also kein Vergleich, da dem Gläubiger für den von ihm bewilligten Schulderlaß kein Recht

übertragen wird, sondern ein unentgeldlicher Vertrag, eine Schenkung entweder unter einer Bedingung oder unter einem Auftrage. — Bey einem Vergleiche fordert der Gesetzgeber zur Begründung seiner rechtlichen Wirksamkeit nicht besondere Formen, wie bey einer Schenkung, weil hier seine Absicht, die Vergleichenden vor leichtsinniger Uebereilung, wie den Schenker zu schützen, überflüssig ist. Bey einem Vergleich ist auch die Ausstellung einer Urkunde nicht nothwendig, weil der Schulderlaß schon durch den Inhalt des Vergleiches erwiesen werden kann. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der in Folge eines Vergleiches befreyte Schuldner auch berechtiget sey, von dem Gläubiger die Zurückstellung des abgegebenen Schuldbriefes, eines Pfandes, oder die Löschungsbewilligung für eine bestellte Hypothek zu begehren, da dem Gläubiger hierauf keine weiteren Rechte mehr zustehen. (§. 1425.)

§. 11.

Der Schulderlaß als Gebung an Zahlungsstatt.

Ich erwähne nur deßhalb diese Art des Schulderlasses, weil ich ihn wirklich von einigen Juristen behaupten hörte. Die nähere Betrachtung des §. 1414 wird jedoch den Ungrund einer solchen Behauptung bald darstellen.

Nach dem §. 1414 tritt eine Gebung an Zahlungsstatt ein, wenn, weil 1.) der Gläubiger und Schuldner einverstanden sind, oder 2.) die Zahlung sonst unmöglich ist, dem Gläubiger etwas Anderes gegeben wird. — Wendet man diese Aussage auf den Schulderlaß an, so würde der erste Fall eintreten: wenn ich Jemandem etwas zu leisten hätte, aber, weil ich mit dem Gläubiger einverstanden bin, diesem an Zahlungsstatt meine Forderung, die ich an ihn habe, erlasse. In diesem Falle ist der Schulderlaß jedoch keine Gebung an Zahlungsstatt, sondern eine freywillige Compensation; denn beyde Theile sind wechselseitig Gläubiger und Schuldner, und sobald wechselseitige Forderungen eintreten, seyen sie auch noch so ungleichartig, so erlöschen sie zu Folge gegenseitiger Ueber-

einkunft[1]). Die Gebung an Zahlungsstatt unterscheidet sich wesentlich von der Compensation dadurch, daß bey jener der Gläubiger nicht auch Schuldner seines Schuldners ist. — Ist der Schulderlaß erfolgt, weil eine bestimmte Leistung nicht möglich ist, dann zeigt sich der Schulderlaß als ein entgeldliches Geschäft, welches analog mit der Gebung an Zahlungsstatt, nicht aber sie selbst ist. Ich sage, nur analog, denn die Gesetze (§§. 862, 921 und 1380) unterscheiden sehr wohl das Geben vom Unterlassen, somit auch vom Erlassen (§§. 939 und 1381). Eine Gebung an Zahlungsstatt fordert aber ausdrücklich ein Geben. Ein entgeldliches Geschäft ist aber der Schulderlaß in diesem Falle, weil der Gläubiger den an ihn geschehenen Erlaß der Forderung von Seite seines Schuldners als Entgeld für die ihm schuldige Leistung annimmt, die dem Schuldner unmöglich geworden ist. Hieraus folgt, daß, wenn es sich zeigt, daß die Forderung nie bestanden habe, oder daß sie ungültig oder wirkungslos sey, der Schulderlaß die Natur eines Entgeldes verliere, und daß der Gläubiger den Vertrag aufzuheben berechtiget sey, §§. 932 und 934, wenn er anders nicht selbst Wissenschaft von der Beschaffenheit einer solchen Schuldforderung, die ihm erlassen wurde, hatte (§§. 929 und 935).

§. 12.

Anhang.

Die bisher berührten Arten des Schulderlasses betreffen den eigenen Schulderlaß. Es ließe sich wohl auch noch sprechen von dem eigenen Schulderlaß unter gewissen Beschränkungen, nämlich unter Angabe eines Beweggrundes, Beyfügung einer Bedingung, eines Auftrages u. s. w. Da jedoch der Schulderlaß vor andern eben so beschränkten Verträgen keine Eigenthümlichkeiten darbiethet, so ist hiervon weiters keine

[1]) Ich werde bey einer andern Gelegenheit meine Ansichten über die Compensation mittheilen.

Rede; eben so wenig vom fremden Schulderlasse [1]), welcher nur als Bedingung oder als Auftrag einem wie immer genannten entgeldlichen oder unentgeldlichen Vertrage beygefügt wird. Die Wirkungen, welche solche Beschränkungen auf die Verträge, denen sie beygesetzt werden, haben, äußern auf den Schulderlaß selbst keinen eigenthümlichen Einfluß.

[1]) Siehe meine Abhandlung über den letztwilligen Schulderlaß, §. 3.

XXXVI.

Versuch einer Erklärung der Allerhöchsten Entschließung vom 19. Juny 1835, über die als Verbrechen strafbaren Drohungen.

Vom

Herrn Dr. Johann Koppel,

supplirenden Professor des Natur- und Criminal-Rechtes auf der Universität zu Olmütz.

Theoretiker und Praktiker haben lange ein Strafgesetz, welches die Ruhe und Sicherheit der Staatsbürger störende Drohungen verpönte, lebhaft gewünscht. Beyde haben die Strafbarkeit solcher Drohungen auf gleiche Art anerkannt, und waren nur in Betreff der Subsumtion derselben unter irgend ein Strafgesetz in Verlegenheit. Denn mit Ausnahme der wenigen Fälle, in welchen Drohungen ausdrücklich für ein Verbrechen erklärt sind, hat man entweder alle übrigen nicht minder gefährlichen Drohungen wegen vermeintlichen Mangels eines Strafgesetzes aus der Sphäre der Verbrechen ausschließen zu müssen geglaubt, oder höchstens einige derselben, welche in eine unbefugte Einschränkung der persönlichen Freyheit übergehen, für das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit des §. 78 erklärt. Unter solchen Umständen mußte es nicht nur zahllose Zweifel geben, sondern auch die Strafgerechtigkeit auf ungleiche Art gepflogen werden. Die Wichtigkeit der Allerhöchsten Entschließung vom 19. Juny 1835, welche diese Zweifel beseitigt, muß

daher nicht nur Jedermann einleuchten, sondern auch eine Erklärung derselben rechtfertigen. Freylich hätte gerade diese Wichtigkeit des Gegenstandes einen Anfänger abschrecken sollen, seine ungeübte Feder an demselben zu versuchen. Da aber meines Wissens sich noch keine würdige Feder zu dieser Arbeit gefunden hat, so wage ich es, durch einen Versuch dieser Erklärung, die nicht belehren, sondern nur aufmerksam machen will, die Nachsicht der gelehrten Leser in Anspruch zu nehmen.

Der größeren Deutlichkeit wegen soll, nach Vorausschickung des Textes der genannten a. h. Entschließung, A. von dem Gegenstande; B. von der Thathandlung des in dieser a. h. Entschließung vorkommenden Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit; C. von dem Verhältnisse dieser a. h. Entschließung zu einigen andern Strafgesetzen; D. von dem bösen Vorsatze, und endlich E. von den Subjecten dieses Verbrechens gehandelt werden.

Nähere Bezeichnung der als Verbrechen strafbaren Drohungen.

Um den Zweifeln und Anständen zu begegnen, welche sich hinsichtlich der Strafbarkeit solcher Drohungen ergeben haben, die nicht etwa zu Folge der Bestimmungen des ersten Theiles des Strafgesetzbuches als Verbrechen zu betrachten und zu bestrafen sind, haben Seine k. k. Majestät am 19. Juny 1835 zu entschließen geruhet:

§. 1. Wer mittelbar oder unmittelbar, schriftlich oder mündlich, oder auf andere Art mit oder ohne Angabe seines Namens mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung, Gefangennehmung, Zerstörung von Wasserwerken, oder mit andern bedeutenden Beschädigungen des unbeweglichen oder beweglichen Eigenthums in der Absicht drohet, um von dem Bedrohten eine Leistung oder Unterlassung zu erzwingen, begeht, insofern sich die That nicht etwa schon in Gemäßheit der Bestimmungen des ersten Theiles des Strafgesetzbuches als ein Verbrechen darstellt, das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit, wenn die Drohung geeignet ist, dem Bedrohten

mit Rücksicht auf die Verhältnisse und die persönliche Beschaffenheit desselben gegründete Besorgnisse einzuflößen, ohne Unterschied, ob die erwähnten Uebel gegen den Bedrohten selbst, dessen Familie und Verwandte, oder gegen andere unter seinen Schutz gestellte Personen gerichtet sind, und ob die Drohung einen Erfolg gehabt hat, oder nicht.

§. 2. Dasselbe Verbrechen begeht, wer die in dem vorhergehenden Paragraphe bezeichnete, und auf die dort angegebene Art zur Erregung gegründeter Besorgnisse geeignete Drohung in der Absicht anwendet, um einzelne Personen, Gemeinden oder Bezirke in Furcht und Unruhe zu versetzen.

§. 3. Die Strafe ist Kerker, oder auch schwerer Kerker von sechs Monaten bis zu einem Jahre. Unter erschwerenden Umständen, nämlich, wenn mit Mord oder Brandlegung gedroht, oder wenn die Drohung wiederholt wird, wenn die angedrohte Beschädigung den Betrag von Tausend Gulden Conv. Münze, oder der Schade, welcher aus der zu erzwingenden Handlung oder Unterlassung hervorgehen würde, den Betrag von dreyhundert Gulden Conv. Münze übersteigt, oder wenn die Drohung gegen eine obrigkeitliche Person wegen ihrer Amtshandlungen, oder gegen ganze Gemeinden oder Bezirke gerichtet wäre, ist die Strafe mit schwerem Kerker von Einem bis zu fünf Jahren zu bemessen.

§. 4. Ist die Drohung der unmittelbare Anfang oder Versuch eines andern Verbrechens, so haben die auf dieses Verbrechen oder dessen Versuch verhängten Strafen einzutreten.

A. Vom Gegenstande.

Der §. 1 dieser a. h. Entschließung, welcher die zum Wesen dieser neuen Art des Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit erforderliche Thathandlung und böse Absicht erklärt, spricht sich über den Gegenstand dieses Verbrechens nicht aus. Da ein Verbrechen ohne einen Gegenstand der Verletzung nicht gedacht werden, dieser aber nur immer eine Person mit Rücksicht auf die ihr zukommenden verschiedenen angebornen

oder erworbenen Rechte seyn kann: so unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß physische Personen auch Gegenstände dieses Verbrechens bilden.

Eben so gewiß ist es, daß moralische Personen, nämlich Gemeinden oder Bezirke, Gegenstände dieses Verbrechens in dem Falle sind, wenn der dem im §. 1 näher bezeichneten Thatbestande zu Grunde liegende böse Vorsatz dahin gerichtet ist, die Gemeinden oder Bezirke in Furcht und Unruhe zu versetzen. Allein ausdrücklich erklärt der §. 2 diese moralischen Personen nur in dem vorgedachten Falle für Objecte dieses Verbrechens, während der §. 1, welcher eine andere böse Absicht voraussetzt, von ihnen keine Erwähnung macht. Dessen ungeachtet scheint aber mit Grund behauptet werden zu können, daß das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit auch in dem Falle an Gemeinden oder Bezirken verübt werden könne, wenn der gegen sie vorgebrachten Drohung die im §. 1 der a. h. Entschließung bezeichnete, auf Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung gerichtete böse Absicht zu Grunde liegt. Denn es wäre einmahl durchaus nicht einzusehen, warum der nämliche Thatbestand, welcher durch seine Richtung auf Erregung von Furcht und Unruhe in einer Gemeinde oder einem Bezirke ein Verbrechen begründet, damahls aus der Sphäre des Criminellen ausgeschlossen werden sollte, wenn er eine Leistung oder Unterlassung von der Gemeinde oder dem Bezirke zu erzwingen bestimmt war. Es muß vielmehr nach einem aus der Vergleichung der im §. 2 bezeichneten bösen Absicht mit jener des §. 1 gezogenen Schlusse a majori ad minus das Gegentheil behauptet werden. Denn offenbar hat die auf Erzwingung einer Leistung oder Unterlassung gerichtete Drohung auch die Erzeugung von Furcht und Unruhe zum Ziele, weil eben durch die letztere die Handlung oder Unterlassung erzwungen werden soll, mithin die erstere sich zur letzteren als Mittel zum Zwecke verhält. Wenn daher schon die böse Absicht Furcht und Unruhe in der Gemeinde oder in dem Bezirke zu erregen, zur Begründung des Verbrechens in dieser Beziehung hinreicht, so muß

um so mehr unter Voraussetzung des gleichen Thatbestandes eine böse Absicht, in welcher implicite nicht nur die frühere, sondern noch eine weitere, folglich ein Plus enthalten ist, dazu genügen.

Es ergibt sich die Richtigkeit dieser Ansicht aber auch aus dem §. 1 selbst. Denn da dieser Paragraph von den Gegenständen dieses Verbrechens nichts erwähnt, so ergibt sich die nothwendige Folge, daß jede Person, sie sey eine physische oder moralische, gegen welche die darin genannten Uebertretungen möglicher Weise verübt werden können, Gegenstände dieses Verbrechens seyn müssen; nam, ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Man könnte zwar die Anwendbarkeit dieser Auslegungsregel im vorliegenden Falle vielleicht aus dem Grunde zu bestreiten versucht werden, weil die a. h. Entschließung bloß im Falle des §. 1 über die Objecte der Verletzung mit Stillschweigen hinausgeht, dagegen im §. 2 die Gemeinden und Bezirke ausdrücklich anführt, welcher Umstand auf einen vom höchsten Gesetzgeber beabsichtigten Unterschied zwischen den Fällen der §§. 1 und 2 schließen lasse. Allein diesem Bedenken müßte außer dem schon Gesagten die Bemerkung entgegengesetzt werden, daß es mit physischen Personen ein gleiches Bewandtniß habe, und daß daher, wenn die Einwendung richtig wäre, auch diese unter Voraussetzung der im §. 1 bezeichneten bösen Absicht von den Gegenständen des Verbrechens ausgeschieden werden müßten, was aber auf die absurde Folgerung, daß es Verbrechen ohne irgend ein Object der Verletzung durch dieselben geben könne, führen würde.

Daß obrigkeitliche Personen als Privatpersonen — inwiefern sie nämlich nicht Geschäfte der Regierung besorgen, sondern als Bevollmächtigte im Namen eines Andern, oder im eigenen Namen handeln, — durch dieses Verbrechen verletzt werden können, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Aber selbst als obrigkeitliche Personen müssen sie zu den Objecten dieses Verbrechens gezählt werden, weil der §. 3 den Umstand, daß die nach §. 1 zur Begründung dieses Verbrechens geeignete

Drohung gegen eine obrigkeitliche Person wegen ihrer Amtshandlungen vorgebracht wird, für einen erschwerenden Umstand, mithin natürlich die That selbst auch für ein Verbrechen erklärt, und eine Drohung, welche gegen obrigkeitliche Personen wegen ihrer Amtshandlungen vorgebracht wird, sie nicht als Privat-, sondern als obrigkeitliche Personen trifft.

Fragt man, ob der Landesfürst selbst Gegenstand dieses Verbrechens seyn könne, so dringt sich die bejahende Antwort von selbst auf. Denn einmahl unterscheidet das Gesetz nicht, dann können möglicher Weise gegen ihn ebenfalls solche Handlungen verübt werden, die im §. 1 verzeichnet sind, und würden ebenfalls als Verbrechen bestraft; warum sollte daher nicht auch die Drohung mit denselben, gegen ihn vorgebracht, einer Strafsanction unterliegen? Und überhaupt kann schon an sich eine Handlung, die, gegen Unterthanen des Landesfürsten verübt, gestraft werden muß, in Beziehung auf die Person des Landesfürsten nicht geringer gestraft werden, oder gar straflos bleiben, weil vermöge der juridischen Heiligkeit seiner Person eine gegen ihn verübte Verletzung schon nach natürlichen Principien einen höheren Grad von Strafbarkeit in sich schließt.

Man könnte zwar dagegen sagen: Die nähere Betrachtung der im §. 1 vorkommenden Verletzungen, auf welche sich die Drohung beziehen muß, beweise das Gegentheil; denn hätte der höchste Gesetzgeber die Absicht gehabt, auch sich selbst durch dieses neue Strafgesetz zu schützen, so würde er ohne Zweifel auch wenigstens den Hochverrath sub lit. a des §. 52 I. Theils des St. G. B. unter dieselben aufgenommen haben, so wie er den Mord, die schwere Verwundung und Verletzung, welche doch nur an Privatpersonen verübt werden können, zum Schutze der letzteren wirklich aufgenommen hat. — Dann habe es auch seinen guten Grund, warum der höchste Gesetzgeber den Schutz dieses Gesetzes nicht auch auf seine eigene Person ausdehnte; denn nicht was immer für eine Drohung, sondern nur eine solche, welche gegründete Besorgnisse einzuflößen geeignet ist, genüge zum Wesen der Thatbe-

lung dieses Verbrechens; dem Landesfürsten könne aber eine Drohung unmöglich gegründete Besorgnisse einflößen, weil er hinlängliche Mittel in Händen hat, sich gegen die Ausführung einer solchen Drohung zu verwahren.

Was den ersten Punkt dieser Einwendung betrifft, wird sich der Ungrund derselben bey der Darstellung des Thatbestandes dieses Verbrechens zeigen; in Beziehung auf den zweyten muß aber bemerkt werden, daß gerade der Umstand, daß der Landesfürst auf den Schutz seiner Person durch die ihm zu Gebothe stehenden Mittel zu denken, durch die Drohung veranlaßt werde, zu der Folgerung, die Drohung habe ihm gegründete Besorgnisse eingeflößt, berechtige.

B. Von der Thathandlung.

Zum Thatbestande dieses Verbrechens gehört:

1.) Eine Drohung mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung, Gefangennehmung, Raub, Brandlegung, Zerstörung von Wasserwerken, oder mit andern bedeutenden Beschädigungen des unbeweglichen oder beweglichen Eigenthumes. Betrachtet man diese einzelnen Verletzungen, so überzeugt man sich, daß sie sämmtlich, sobald sie nicht bloß angedroht, sondern auch im Sinne des §. 7 des St. G. B. I. Thls. schon unternommen worden sind, eigene Verbrechen bilden. Nur ein Verbrechen, welches den Namen der Gefangennehmung führt, gibt es nach unserem Strafgesetzbuche nicht. Allein ein Blick auf die im neunten Hauptstücke des ersten Theils des St. G. B. vorkommenden Arten der öffentlichen Gewaltthätigkeit zeigt, daß nicht nur das Verbrechen des Menschenraubes (§. 75) und das der Entführung (§. 80), sondern auch das der unbefugten Einschränkung der persönlichen Freyheit (§. 78) unter den generellen Begriff der Gefangennehmung als Species gehören. Nur in Beziehung auf das Letzte kann nicht unbemerkt gelassen werden, daß nur die Drohung mit der ersten Unterart des Verbrechens des §. 78, nämlich mit der Gefangennehmung aus nichtigen Ursachen, und auch dann

nur hierher gehöre, wenn die Drohung nicht von solchen Personen kommt, denen über den Bedrohten eine Gewalt zusteht. Denn würde die Drohung mit der Einschränkung der persönlichen Freyheit gegen Jemanden, den man z. B. mit Grund für einen gefährlichen Menschen anzusehen Anlaß hat, weil man ihn vielleicht im Begriffe zum Verbrechen zu schreiten findet, in der Absicht, ihn von der Verübung des Verbrechens abzuhalten, vorgebracht: so könnte sie eben so wenig als ein Verbrechen behandelt werden, als die wirkliche Gefangennehmung an sich ein Verbrechen darstellen würde. Man kann demnach die Regel aufstellen, daß die Drohung mit den im §. 1 bezeichneten Verletzungen nur dann als Verbrechen behandelt werden könne, wenn diese Verletzungen selbst im Falle ihrer Unternehmung Verbrechen bilden würden. Nur die Drohung mit einer Beschädigung des Eigenthums (die hier wohl als boshaft muß vorausgesetzt werden, eben weil sie angedroht wurde) bildet das gegenwärtige Verbrechen nur dann, wenn die letztere eine bedeutende seyn soll, obwohl die wirkliche Beschädigung, sey sie auch noch so unbedeutend, das Verbrechen gleichen Namens ausmacht (§. 74). Wann aber die Beschädigung eine bedeutende zu nennen sey, scheint aus der Vergleichung des Absatzes II. der Einleitung zum St. G. B. mit den §§. 153 und 179 des ersten Theils desselben dahin beantwortet werden zu müssen: wenn die angedrohte Beschädigung den Betrag von 25 fl. übersteigt.

Wird die Drohung mit den genannten Uebertretungen gegen die Person des Landesfürsten vorgebracht, so muß sie auch als das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit behandelt werden. Es ist zwar wahr, daß man gegen den Landesfürsten nicht das Verbrechen des Mordes, nicht das der schweren Verwundung oder Verletzung und nicht das der Gefangennehmung (des Menschenraubes, der Entführung [1]) oder

---

[1]) Nur in einem Falle, könnte man vielleicht sagen, sey die Gefangennehmung des Landesfürsten mittelst Entführung nicht Hochver-

der unbefugten Einschränkung der persönlichen Freyheit) verüben könne, weil solche Handlungen das Verbrechen des Hochverrathes des §. 52 lit. a begründen. Allein die a. h. Entschließung sagt nicht, es müsse mit dem Verbrechen des Mordes, mit dem Verbrechen der schweren Verwundung u. s. w. gedroht worden seyn; sondern sie fordert eine Drohung mit Mord, schwerer Verwundung u. s. w. schlechtweg. Nun ist aber eine absichtliche Tödtung, schwere Verwundung oder Verletzung des Landesfürsten doch ohne Zweifel Mord, schwere Verwundung oder Verletzung, nur haben diese strafbaren Handlungen bezogen auf die Person des Landesfürsten einen eigenen Namen als Verbrechen. Man kann demnach aus der Nichtaufnahme des Hochverrathes des §. 52 lit. a nicht folgern, daß eine Drohung mit solchen Verletzungen, die das

rath, sondern das Verbrechen der Entführung. Wer nämlich nach der Thronfolgeordnung zu dem Rechte, die bürgerliche Oberherrschaft im eigenen Namen auszuüben, bereits gelangte, ist Landesfürst, obwohl er das nach den Grundgesetzen zur Großjährigkeit erforderliche Alter noch nicht erreicht hat, und daher die bürgerliche Oberherrschaft selbst nicht ausübt. Wenn nun dieser Landesfürst, da er vielleicht noch Kind ist, mit seiner Einwilligung, aber doch mit List gegen seinen Vormund entführt würde, so könnte man die That, als ob durch dieselbe bloß die Rechte des Vormundes verletzt worden wären, für das Verbrechen der Entführung und nicht für das des Hochverrathes des §. 52 lit. a erklären, außer sie wäre unter Umständen geschehen, unter welchen sie in eine der, im §. 52 lit. b angeführten Arten des Hochverrathes überginge. — Allein da der §. 52 lit. a die Verletzung der persönlichen Sicherheit des Staatsoberhauptes für Hochverrath erklärt, nach §. 4 Verbrechen auch an solchen Personen begangen werden können, die ihren Schaden selbst wollen, oder in denselben einwilligen, und da auch im Falle der Einwilligung in die Entführung die persönliche Sicherheit des Staatsoberhauptes verletzt wird: so scheint doch die That in den §. 52 lit. a zu gehören. Eine andere Frage jedoch ist die, ob hier mit dem Verbrechen des Hochverrathes nicht zugleich wegen der Anwendung der List gegen den Vormund auch das Verbrechen der Entführung concurrire?

Verbrechen des Hochverrathes begründen, gegen die Person des Landesfürsten vorgebracht, nicht das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit bilde. Nur so viel ergibt sich aus dieser Nichtaufnahme, daß die Bedrohung des Landesfürsten mit einer bloß leichten Verletzung dieses Verbrechen nicht darstellen könne, obwohl eine, wenn auch leichte Verletzung des Landesfürsten selbst schon das Verbrechen des Hochverraths des §. 52 lit. a begründet.

Warum gerade nur die Drohung mit den im §. 1 verzeichneten, und nicht auch die mit den übrigen Verbrechen für criminell erklärt wird, mag wohl seinen Grund in der Natur der übrigen Verbrechen haben, deren Gelingen meistentheils davon abhängt, daß der Plan des Thäters nicht früher von demjenigen, der verletzt werden soll, entdeckt wird, und den Letzteren zur Wachsamkeit auffordert. Die Drohung mit den andern Verbrechen kommt daher in der Wirklichkeit auch nicht vor, und es konnten demnach auch die Zweifel und Anstände, durch welche diese a. h. Entschließung veranlaßt wurde, über solche Fälle nicht erhoben worden seyn.

Ob die Drohung unmittelbar, oder mittelbar, d. h. nicht von Jenem selbst, der die That ausführen will, sondern von einem Andern im Namen des Ersteren; ob ferner schriftlich oder mündlich, oder auf andere Art, z. B. durch Vorzeigung eines Dolches mit drohenden Geberden, überhaupt durch sprechende Handlungen; ob mit oder ohne Angabe des Namens, welches letztere bey schriftlichen Drohungen gewöhnlich seyn dürfte, gemacht werde, ist eben so gleichgültig, als der Umstand, ob die angedrohten Uebel den Bedrohten selbst, oder dessen Familie, Verwandte oder andere unter dem Schutze des Bedrohten stehende Personen treffen sollen.

2.) Muß die Drohung geeignet seyn, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und die persönliche Beschaffenheit desselben gegründete Besorgnisse einzuflößen. Gefährlich braucht also die Drohung nicht in dem Sinne zu seyn, in welchem sie gewöhnlich im Gesetze genommen ist (§§. 70 und

110); es ist genug, wenn überhaupt die Ausführung der Drohung mit Grund befürchtet werden muß, wenn gleich die augenblickliche Vollziehung derselben nicht wahrscheinlich, oder vielleicht gar nicht möglich ist.

Schon die Drohung selbst, wenn sie die vom Gesetze vorgeschriebenen Eigenschaften hat, ist das vollbrachte Verbrechen, es kommt daher auf den Erfolg nicht an. Würde aber die angedrohte Verletzung wirklich verübt, oder wenigstens nach §. 7 unternommen, so concurrirt mit dem gegenwärtigen auch das angedrohte, nach der Voraussetzung auch schon vollbrachte oder wenigstens versuchte andere Verbrechen. Sollte aber der dem angedrohten Verbrechen eigenthümliche Erfolg schon als Folge der Drohung, und ehe noch der Drohende die zur Ausführung des angedrohten Verbrechens führenden Handlungen unternommen hat, eingetreten seyn, so müßte darauf gesehen werden, ob die Drohung nicht vielleicht schon zum Thatbestande eines andern Verbrechens gehöre, und daher dieses und nicht das gegenwärtige Verbrechen begründe, wie es sich sub C unter 4 zeigen wird.

Uebrigens liefert diese gesetzliche Anordnung, daß die Drohung mit einem Verbrechen als ein eigenes Verbrechen angesehen und bestraft werden solle, einen Beweis nicht nur dafür, daß Drohungen eines Verbrechens allein noch keinen criminellen Versuch des angedrohten Verbrechens im Sinne des §. 7 bilden, was wohl noch Niemand bezweifelt hat, sondern auch vorzüglich für die Richtigkeit der Ansicht, daß vorbereitende Handlungen, welche nach dem Plane und dem Entschlusse des Thäters mit der zur Ausübung eines Verbrechens führenden Handlung erkennbar zusammenhängen, als ein Unternehmen der letzteren, und daher als criminelle Versuch des vorbereiteten Verbrechens angesehen werden müssen Denn da diese a. h. Entschließung die Drohung allein für ein Verbrechen erklärt, nicht aber auch die das Verbrechen vorbereitenden Handlungen, welche doch schon der Vollbringung des Verbrechens näher stehen, die böse Absicht in äußeren Hand-

lungen ausdrücken, und daher auch strafbarer sind, als bloße Drohungen, so läßt sich diese Erscheinung nicht anders erklären, als daß der höchste Gesetzgeber bey Erlassung dieses neuen Gesetzes den §. 7 vor Augen gehabt, ein Verbrechen vorbereitende Handlungen schon in diesem Paragraphe für ein Verbrechen erklärt gesehen, und daher jede weitere Bestimmung rücksichtlich dieser für überflüssig gehalten hat.

3.) Endlich darf die Drohung, soll sie nach dieser a. h. Entschließung behandelt werden, nicht schon in einem andern Strafgesetze für ein Verbrechen erklärt seyn. Dieses verordnet der §. 1 durch die Worte: „insofern sich die That nicht etwa schon in Gemäßheit der Bestimmungen des ersten Theiles des Strafgesetzbuches als ein Verbrechen darstellt (begeht der Drohende), das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit" und eben so der §. 4 mit den Worten: „Ist die Drohung der unmittelbare Anfang oder Versuch eines andern Verbrechens, so haben die auf dieses Verbrechen oder dessen Versuch verhängten Strafen einzutreten." Durch diese a. h. Entschließung wird also keinem Strafgesetze über Verbrechen seine Anwendbarkeit benommen, oder auch nur beschränkt. Es ergibt sich vielmehr aus den oben bezogenen Gesetzstellen, daß so oft die diesem neuen Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit eigenen Merkmahle zugleich einem, in einem andern Strafgesetze normirten, Verbrechen eigenthümlich sind, und dasselbe im Sinne des §. 7 entweder als vollbracht oder als versucht darstellen, das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung habe. Dieses ist offenbar der Sinn des §. 4. Denn unter den Worten desselben: „Ist die Drohung der unmittelbare Anfang eines andern Verbrechens" kann füglich nichts Anderes verstanden werden, als: „stellt die Drohung selbst schon ein anderes Verbrechen als vollbracht dar," weil dieser Paragraph die Worte „der unmittelbare Anfang" durch die trennende Partikel „oder" von dem Versuche des Verbrechens trennt, mithin unter den ersteren nicht wieder ein bloß versuchtes Verbrechen begreifen kann.

Daß aber dieser Paragraph sich nicht geradezu des Ausdrucks „vollbrachtes Verbrechen," sondern anstatt dessen der Worte „unmittelbarer Anfang des Verbrechens" bedient, mag in folgender Betrachtung liegen: Wirft man nämlich einen Blick auf jene Verbrechen, welche schon durch eine bloße Drohung nach dem Gesetze vollbracht werden, so findet man, daß sie sämmtlich auch noch durch eine andere Handlung, als durch die Drohung, nämlich durch wirkliche Gewalt vollbracht werden können. Man kann daher bey solchen vollbrachten Verbrechen eben so, wie es beym Versuche allgemein in der Theorie geschieht, mehrere, nämlich zwey Stadien der Vollbringung des Verbrechens unterscheiden, wovon das eine in der Drohung, das andere in der wirklichen Gewalt liegt. Weil nun die Drohung der wirklichen Gewalt an Strafbarkeit nachsteht, und das erste Moment ist, welches das Verbrechen zu einem vollbrachten macht, so kann man sie „den Anfang," — und weil sie gleichsam den Uebergang von dem Versuche zur Vollbringung bildet, und an jenen unmittelbar gränzt, „den unmittelbaren" Anfang des Verbrechens nennen.

C. Von dem Verhältnisse der a. h. Entschließung zu einigen andern Strafgesetzen.

Da, wie aus dem oben Gesagten ersichtlich ist, die gegenwärtige a. h. Entschließung durch andere, Drohungen verpönende Strafgesetze beschränkt ist, so dürfte es nicht überflüssig seyn, jene Fälle hier anzuführen, in welchen das gegenwärtige Strafgesetz mit andern in eine Collision geräth, und daher nach Anordnung des §. 4 der a. h. Entschließung seine Anwendbarkeit verliert. Diese dürften folgende seyn:

1.) Am wichtigsten und zugleich am schwierigsten dürfte die Entscheidung der Frage seyn, welches Verbrechen eine Drohung gegen obrigkeitliche Personen wegen ihrer Amtshandlungen bilde, ob sie nämlich nach dieser a. h. Entschließung oder nach §. 70 des ersten Theils des Strafgesetzbuches zu behandeln seyn werden. Denn die Merkmahle dieser beyden Arten des

Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit sind entweder gleich, oder doch einander sehr ähnlich. Nach §. 70 ist nämlich der Gegenstand der Bedrohung eine obrigkeitliche Person, nach dem vorliegenden Gesetze kann die Drohung auch gegen eine obrigkeitliche Person gerichtet seyn, was hier auch vorausgesetzt wird. Dort wird eine gefährliche Drohung zum Thatbestande des Verbrechens erfordert, hier eine, gegründete Besorgnisse einzuflößen geeignete Drohung; dort muß die böse Absicht auf Vereitlung der Vollziehung des öffentlichen Auftrages, hier außer dem Falle, wo sie ausschließend die Erzeugung von Furcht und Unruhe bezielt, auf Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung, worunter auch eine vermöge des öffentlichen Auftrages zu unterlassende oder zu setzende Handlung subsumirt werden kann, gerichtet seyn. Daß weder das eine noch das andere Gesetz ausschließend auf eine solche Drohung angewendet werden könne, ergibt sich wohl mit Zuverlässigkeit aus der Betrachtung, daß jedes dieser Gesetze eine solche Drohung für das ihm eigenthümliche Verbrechen erklärt. Da nun nach der sub lit. B aufgestellten Regel der §. 70 durch das neue Strafgesetz nicht beschränkt werden kann, so frägt es sich, wann denn eigentlich eine Drohung gegen obrigkeitliche Personen wegen ihrer Amtshandlungen unter das neue Gesetz falle?

Zur Beantwortung dieser Frage muß nach meiner Ansicht bey den Amtshandlungen, wegen welcher die Drohung vorgebracht wird, zwischen solchen, welche schon gepflogen wurden, und jenen, die erst vorgenommen werden sollen, vor Allem unterschieden werden. Steht die Drohung mit schon vergangenen Amtshandlungen in einem ursächlichen Zusammenhange, so kann nie das Verbrechen des §. 70, sondern nur das gegenwärtige verübt werden. Denn die zum Verbrechen des §. 70 erforderliche böse Absicht muß auf Vereitlung des öffentlichen Auftrages gerichtet seyn; was aber, wie hier vorausgesetzt wird, schon geschehen ist, das kann nicht mehr vereitelt werden. Die Absicht mag hier entweder ausschließend auf Versetzung der obrigkeitlichen Person in Furcht und Unruhe ohne

weitere Endabsicht, oder auf Erzwingung einer Leistung, z. B. der Zahlung einer Summe Geldes als Ersatz des durch die Amtshandlung vermeintlich erlittenen Schadens, oder endlich auf Erpressung einer Unterlassung, z. B. Nichteinklagung einer, an den Drohenden zu stellen habenden Forderung, gerichtet seyn, so fällt sie doch nie mit dem im §. 70 gedachten zusammen.

Bezieht sich dagegen die Drohung auf Amtshandlungen, die erst vorgenommen werden sollen, so kommt es weiter auf die Beschaffenheit der bösen Absicht an. Bey einer Drohung wegen erst vorzunehmender Amtshandlungen kann aber die Absicht des Drohenden nur die, im §. 1 der a. h. Entschließung bezeichnete seyn, weil man unmöglich sagen kann, es sey einer obrigkeitlichen Person wegen ihrer bevorstehenden Amtshandlungen gedroht worden, wenn die Drohung einzig auf Erregung von Furcht und Unruhe, und auf nichts weiter gerichtet war. Eine in dieser Absicht vorgebrachte Drohung steht daher mit den künftigen, wenn gleich vielleicht mit dem Drohenden selbst vorzunehmenden Amtshandlungen in gar keinem Zusammenhange, und geht daher eigentlich bloß die Privatperson an, wenn gleich vielleicht die Eigenschaft der obrigkeitlichen Person zu dieser Drohung Veranlassung gegeben haben mag. Eine solche Drohung kann daher schon aus diesem Grunde nur nach der vorliegenden a. h. Entschließung beurtheilt und behandelt werden.

Die im §. 1 der a. h. Entschließung bezeichnete böse Absicht ist aber eine doppelte; sie kann nämlich entweder auf Erzwingung einer Handlung, oder auf Erpressung einer Unterlassung gerichtet seyn. Im ersten Falle, wenn nämlich der Drohende durch die Drohung die Setzung einer Handlung, welche die obrigkeitliche Person vermöge ihres Amtes nicht setzen soll, zu erzwingen beabsichtigt, stellt sich auch das neue Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit dar. Denn abgesehen davon, daß eine solche Handlung streng genommen keine Amts-, sondern vielmehr eine Amtsmißbrauchshandlung wäre, und daher nur insoweit mit dem ersten Namen belegt werden könnte, als

sie nach der Absicht des Drohenden von einem Beamten, mithin in Folge der diesem zustehenden Gewalt gesetzt werden soll, würde hier ebenfalls der dem Verbrechen des §. 70 eigenthümliche böse Vorsatz mangeln. Denn, wie es sich aus diesem Paragraphe in Vergleichung mit den §§. 72 und 73 des zweyten Theiles des Strafgesetzbuches ergibt, und durch das Hofdecret vom 5. October 1804, Nr. 691[1]) bestätigt ist, muß bey dem Verbrechen des §. 70 der böse Vorsatz auf Vereitlung des öffentlichen Auftrages, mithin einer Amtshandlung gerichtet seyn. Etwas vereiteln, heißt aber: bewirken, daß etwas, was geschehen soll, entweder gar nicht, oder doch nicht zur gehörigen Zeit geschehe, nicht aber daß das, was nicht geschehen soll, geschehe, welches letztere in dem hier betrachteten Falle geradezu vorausgesetzt wird. An der Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich um so weniger zweifeln, wenn man auf die Ausdrücke des oben erwähnten Hofdecretes Rücksicht nimmt, „welche Absicht in den Fällen des §. 72 des zweyten Theiles zum Begriffe der schweren Polizeyübertretung nicht gehört, wenn sie gleich die Unterlassung oder Verhinderung der Vollstreckung des Auftrages oder Dienstes von Seite der Wache zur Folge gehabt haben könnte."

Demnach bleibt nur noch der Fall übrig, wo der obrigkeitlichen Person wegen einer erst vorzunehmenden Amtshandlung auf die im §. 1 der a. h. Entschließung näher bezeichnete Art in der Absicht gedroht wird, um die Unterlassung der Vornahme dieser Amtshandlung zu erzwingen, mithin die Vollziehung derselben zu vereiteln. Hier ist der im §. 1 dieser a. h.

---

[1]) Dieses Hofdecret lautet: Der §. 70 des ersten Theils des Strafgesetzes ist mit der Aussage der §§. 72 und 73 des zweyten Theiles desselben dahin zu vereinigen, daß zum Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit nach dem §. 70 die unmittelbare böse Absicht des Thäters, durch Widersetzlichkeit gegen die Wache die Vollziehung des obrigkeitlichen Befehls zu vereiteln, erfordert werde, welche Absicht in den Fällen des §. 72 des zweyten Theils zum Begriffe der schweren Polizey-Uebertretung nicht gehört, wenn sie gleich die Unterlassung oder Verhinderung der Vollstreckung des Auftrages oder Dienstes von Seite der Wache zur Folge gehabt haben könnte.

Entschließung enthaltene böse Vorsatz mit dem des §. 70 identisch, und die Frage, wann bey dem Vorhandenseyn desselben das Verbrechen dieser a. h. Entschließung, und wann das des §. 70 begründet werde, praktisch. Da in diesem Falle der Gegenstand der Verletzung und die böse Absicht beyder hier verglichenen Verbrechen eigenthümlich ist, so kann nur das dritte, bey jedem Verbrechen wesentliche Moment, nämlich die Beschaffenheit der Thathandlung den Anhaltspunkt zu der bezweckten Entscheidung geben.

Bey dem Verbrechen des §. 70 besteht der Thatbestand, insoweit er hier in Betrachtung gezogen werden kann, in einer gefährlichen Drohung d. h. in der Vorhaltung eines Uebels, welches a) das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Integrität bedroht, und b) mit der Wahrscheinlichkeit augenblicklicher Vollziehung verbunden ist [1]). Daß diese Bestimmung des Begriffes der gefährlichen Drohung im Sinne des §. 70 richtig ist, ergibt sich in Beziehung des ersten Punktes aus der Textirung dieses Paragraphes, worin die gefährliche Drohung der wirklichen gewaltsamen Handanlegung coordinirt ist. Denn so wie durch diese, welche in der Anwendung physischer, eine andere Person unmittelbar angreifender Kräfte, die auf eine Ueberwältigung derselben zunächst abzielen [2]), nur entweder das Leben, die Gesundheit, oder die körperliche Integrität verletzt werden kann: so können durch die gefährliche Drohung auch nur diese Güter mit einer Verletzung bedroht werden, so daß zwischen beyden nur der Unterschied obwaltet, daß durch die erstere jene Uebel wirklich zugefügt werden, welche durch die zweyte erst vorgehalten werden; — in Beziehung auf den zweyten Punkt aber aus der nothwendigen Wirksamkeit der Drohung zum beabsichtigten Zwecke, indem die Vorhaltung eines Uebels, das nicht mit der Wahrscheinlichkeit einer augenblicklichen Vollziehung verbunden ist, nicht geeignet ist, die Vollziehung des öffentlichen Auftrages zu vereiteln.

[1]) Jenull's Criminalrecht II. Band, §. 70, Seite 79.
[2]) Jenull's Criminalrecht II. Band, §. 70, Seite 80.

Dagegen besteht der Thatbestand des Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit nach der oft erwähnten a. h. Entschließung in einer solchen Drohung mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung, Gefangennehmung, Raub, Brandlegung, Zerstörung von Wasserwerken und andern bedeutenden Beschädigungen des unbeweglichen oder beweglichen Eigenthums, welche geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und die persönliche Beschaffenheit desselben gegründete Besorgnisse einzuflößen, ohne Unterschied, ob die erwähnten Uebel gegen den Bedrohten selbst, oder dessen Familie und Verwandte oder andere unter seinen Schutz gestellte Personen gerichtet sind.

Aus der Zusammenhaltung der Thathandlungen dieser beyden Verbrechen ergeben sich nun nicht nur die Unterschiede zwischen beyden, insoweit man nämlich bey dem Verbrechen des §. 70 von der gewaltsamen Handanlegung, und bey dem Verbrechen nach dem neuen Gesetze von der auf bloße Erregung von Furcht und Unruhe, oder auf Erzwingung einer Handlung gerichteten bösen Absicht abstrahirt, und bloß obrigkeitliche Personen vor Augen hat, sondern auch die Anhaltspunkte zur Beantwortung der Frage, wann die im §. 1 der a. h. Entschließung beschriebene That nicht nach derselben, sondern nach §. 70 und 71 behandelt und bestraft werden müsse.

Hält man sich nämlich die Begriffsbestimmung von einer gefährlichen Drohung im Sinne des §. 70 gegenwärtig, so wird es a) klar, daß wohl die Bedrohung einer obrigkeitlichen Person mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung, nicht aber auch die mit Gefangennehmung, Raub, Brandlegung, Zerstörung von Wasserwerken und andern bedeutenden Eigenthumsbeschädigungen, versteht sich bey dem Eintreffen der übrigen Erfordernisse des §. 70 nach dem letzteren Paragraphe zu behandeln seyn wird. Denn nur die ersteren Verletzungen bedrohen das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Integrität, weßhalb auch nur eine Bedrohung mit diesen Verletzungen im Sinne des §. 70 gefährlich werden kann. Die Drohung muß aber b) damit sie unter den §. 70 subsumirt werden

könne, so beschaffen seyn, daß die augenblickliche Verübung des Mordes, der schweren Verwundung oder Verletzung mit Wahrscheinlichkeit zu befürchten ist. Hieraus leuchtet der Grund der sub a gemachten Unterscheidung zwischen den verschiedenen Verletzungen noch mehr ein, indem die Ausführung der Gefangennehmung, Brandlegung, Zerstörung von Wasserwerken und andern bedeutenden Beschädigungen wohl in der Regel nicht augenblicklich nach der Drohung möglich ist. Endlich c) muß nicht bloß die Drohung gegen den obrigkeitlichen Beamten vorgebracht werden, sondern auch die angedrohten Uebel müssen gegen seine Person selbst, und nicht etwa gegen seine Angehörigen gerichtet seyn. Es kann dem Gesagten zu Folge daher folgender Satz als Regel aufgestellt werden:

Die vorliegende a. h. Entschließung hat keine Anwendung, wenn einer obrigkeitlichen Person mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung wegen einer erst vorzunehmenden Amtshandlung in der Absicht, sie zur Unterlassung der Vornahme dieser Amtshandlung zu bewegen, und auf eine Art gedroht wird, daß die augenblickliche Verübung dieser Verletzungen an der obrigkeitlichen Person selbst mit Wahrscheinlichkeit zu besorgen ist.

Alle übrigen Fälle von Drohungen gegen obrigkeitliche Personen wegen ihrer Amtshandlungen werden dagegen nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden müssen, und ergeben sich aus dem Gesagten von selbst.

2.) Vergleicht man die a. h. Entschließung mit den §§. 75 und 80 des ersten Theils des St. G. B., so muß man auf Grund des §. 4 der ersteren behaupten, daß eine mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung in der Absicht vorgebrachte Drohung, um den Bedrohten zu bestimmen, sich entweder in eine auswärtige Gewalt ohne Wissen und Willen der rechtmäßigen Obrigkeit überliefern zu lassen, oder aber der Entführung seiner eigenen Person, oder derjenigen, über welche ihm eine ehegattliche, älterliche, vormundschaftliche oder überhaupt eine diesen gleichgeachtete Gewalt zusteht, kein Hinderniß in den Weg zu legen, unter die Strafgesetze der §§. 75 oder 80 falle, daher einen criminellen Versuch der in diesen zwey Paragraphen

enthaltenen Verbrechen begründe, weil, obwohl diese Paragraphe nur von einer Gewalt oder List sprechen, unter der ersteren sowohl der physische als auch der psychologische Zwang, mithin auch die Drohung verstanden werden muß, indem der höchste Gesetzgeber im §. 169 ausdrücklich erklärt, daß die Gewalt nicht bloß eine thätliche Beleidigung, sondern auch eine Drohung in sich schließe. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen einer das Leben, die Gesundheit, oder die körperliche Integrität betreffenden, und eine Entführung oder einen Menschenraub bezielenden Drohung, und zwischen der Drohung mit der Entführung und dem Menschenraube selbst, welche unter Voraussetzung der übrigen Bedingungen das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit der neuen Art bildet.

3.) Ist die, mit den Erfordernissen der a. h. Entschließung versehene Drohung auf Schändung einer Weibsperson gerichtet und zugleich eine im Sinne des §. 110 gefährliche, so bildet sie das versuchte Verbrechen der Nothzucht. Gefährlich ist aber die Drohung, wenn sie in der Vorstellung solcher Uebel besteht, welche a) mit Gefahr augenblicklicher Vollziehung verbunden sind, und b) mit dem Uebel der Verletzung jungfräulicher Ehre entweder in gleichem Verhältnisse stehen, oder dasselbe überwiegen [1]). Denn fehlt eine von diesen Eigenschaften, so kann nicht mehr gesagt werden, die Weibsperson sey durch die Drohung außer Stand gesetzt worden, den Lüsten des Bedrohenden Widerstand zu leisten, was aber der §. 110 fordert. Ist die Drohung nicht durch eine solche Gefährlichkeit ausgezeichnet, so kann sie, obwohl ihre Beziehung auf Schändung unverkennbar ist, dennoch nur das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit begründen, wenn sie anders gegründete Besorgnisse einzuflößen geeignet war. Wendet man das Gesagte auf die im §. 1 der a. h. Entschließung verzeichneten Verletzungen an, so ergibt sich, daß wohl eine Bedrohung mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung, und nach Umständen auch mit Gefangennehmung in einer auf

[1]) Jenull's Criminalrecht II. Band, §. 110, Seite 188.

Schändung gerichteten Absicht vorgebracht, wenn sie zugleich mit der Gefahr augenblicklicher Vollziehung verbunden ist, das Verbrechen der Nothzucht bilde. Dagegen kann eine, obwohl auf Schändung gerichtete Bedrohung mit Brandlegung, Zerstörung von Wasserwerken und andern bedeutenden Eigenthumsbeschädigungen, oder mit Raub, wenn gleich auch eine augenblickliche Vollziehung dieser Uebel zu besorgen wäre, doch nur das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit darstellen. Denn solche Uebel können, abgesehen davon, daß die bedrohte Person durch sie physisch nicht außer Stand gesetzt wird, Widerstand zu leisten, der Verletzung der jungfräulichen Ehre aus dem Grunde nicht gleich geachtet werden, weil einmahl die bevorstehende Verletzung nur das Eigenthum betrifft, dieses aber an sich ein viel kleineres Gut ist, als die jungfräuliche Ehre; und dann weil die Verletzung des Eigenthums noch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuläßt, was bey der Schändung nicht der Fall ist. Es fehlt also einer solchen Drohung doch das zweyte, oben angegebene Erforderniß, welches zur Gefährlichkeit der Bedrohung nach §. 110 nothwendig ist.

4.) Wäre eine, nach der a. h. Entschließung qualificirte Drohung zunächst auf Erzeugung einer Gemüthsbewegung gerichtet, aus welcher aber berechneter Maßen der Tod oder doch ein sehr wichtiger Nachtheil an der Gesundheit des Bedrohten hervorgeht, so würde sie das Verbrechen des Mordes (§. 117), oder das der schweren Verwundung (§. 136) und nicht das der öffentlichen Gewaltthätigkeit erzeugen.

5.) Kann die Drohung, durch welche Jemand zur Uebergabe seines, oder überhaupt eines fremden beweglichen Gutes an den Drohenden bestimmt werden soll, das vollbrachte Verbrechen des Raubes nach §. 169 bilden, wenn sie sich gleich zum Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit der neuen Art auch qualificirt. Indessen muß auch hier das Nämliche behauptet werden, was sub Nr. 4 rücksichtlich der Nothzucht gesagt wurde, daß nämlich eine, auch in gewinnsüchtiger Absicht vorgebrachte Drohung dennoch nur das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit bilden könne, sobald es der Drohung

an den zur Constituirung des Verbechens des Raubes nöthigen Eigenschaften fehlt. Dieß ist aber der Fall, wenn entweder die Ausführung der Drohung überhaupt, oder wenigstens so bald, daß sich der Bedrohte nicht auf andere Art, als durch Ueberlassung des beweglichen Gutes gegen dieselbe zu schützen vermag, nicht zu besorgen ist [1]), oder wenn die Bedrohung nicht gegen die Person selbst, d. h. gegen das Leben, die Gesundheit, körperliche Integrität oder die Freyheit, sondern gegen das Eigenthum des Bedrohten gerichtet ist. Die letztere Behauptung fließt aus der Anordnung des §. 169, daß die Gewalt — sie mag mit thätlicher Beleidigung oder nur mit Drohung geschehen, — der Person angethan werden müsse, wenn sie sich zum Verbrechen des Raubes eignen soll. Aus diesem Grunde kann daher eine Drohung mit Brandlegung, Zerstörung von Wasserwerken und andern boshaften Beschädigungen, wenn sie auch die Bemächtigung eines fremden beweglichen Gutes bezweckt, und die augenblickliche oder baldige Verübung dieser Verletzungen befürchten läßt, nicht Raub, sondern nur öffentliche Gewaltthätigkeit seyn. Eine Drohung mit Raub in räuberischer Absicht wäre eigentlich eine Erklärung des Drohenden, daß er sich des Gutes, wenn es nicht freywillig gegeben wird, mit Gewalt bemächtigen wolle, und müßte nach §. 169 beurtheilt werden. Endlich

6.) soll hier noch der Fall bemerkt werden, wo eine, mit den objectiven und subjectiven Merkmahlen dieses neuen Gesetzes versehene Drohung gegen Jemanden in der Absicht vorgebracht wird, um ihn selbst zur Verübung was immer für eines Verbrechens zu bestimmen. Auch hier könnte man vielleicht, auf den §. 4 der a. h. Entschließung gestützt, behaupten, daß der Drohende nicht nach dieser, sondern zu Folge der §§. 5 und 7 des ersten Theils des St. G. B. als Urheber des Verbrechens, zu welchem er den Andern zu bestimmen unternommen hat, und zwar entweder im Momente der Vollbringung oder des Versuchs behandelt werden müsse, je nachdem dieser zum Verbrechen sich wirklich bestimmen ließ, und es auch vollbrachte oder nicht.

[1]) Jenull's Criminalrecht II. Band, §. 169, Seite 348.

Allein um intellectueller Urheber eines Verbrechens zu werden, reicht nach §. 5 das Einwirken auf einen Andern durch Anrathen, Befehl, Unterricht, Lob hin; und es ist hierzu keineswegs auch eine Drohung und die Absicht des Drohenden, Furcht und Unruhe bey dem Bedrohten zu erzeugen, erforderlich. Kommt daher zu der Einwirkung auf einen Andern, welche schon für sich verbrecherisch ist, noch eine solche Drohung, so muß sie, da sie in einem eigenen Strafgesetze für ein selbstständiges Verbrechen erklärt ist, auch als ein solches angesehen, und nach den Grundsätzen über die Concurrenz der Verbrechen behandelt werden. Der §. 4 der a. h. Entschließung hat hier keine Anwendung, weil der §. 5 des ersten Theils des Strafgesetzes nicht eine auf Erzeugung von Furcht und Unruhe gerichtete Drohung, sondern schon jede andere Einwirkung auf eine Person, durch welche ihr Wille zum Verbrechen bestimmt werden kann, für die den intectuellen Urheber charakterisirende verbrecherische Thätigkeit erklärt.

D. Vom bösen Vorsatze.

Die böse Absicht des Drohenden muß entweder auf Erregung von Furcht und Unruhe, oder zugleich auf Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung gerichtet seyn. Ob der Drohende ein Recht habe, diese Handlung oder Unterlassung zu fordern, ist, da das Gesetz keinen Unterschied macht, und die Verletzung bey diesem Verbrechen eigentlich in der unbefugten Bedrohung selbst besteht, gleichgültig. Es wäre daher dieses Verbrechen allerdings vorhanden, wenn z. B. der A., um den B. zur Bezahlung eines schuldigen Kaufschillings zu bewegen, ihn mit Mord, schwerer Verwundung oder Verletzung, Gefangennehmung, Brandlegung, Zerstörung von Wasserwerken und andern bedeutenden Beschädigungen des Eigenthumes auf eine Art, welche gegründete Besorgnisse einzuflößen geeignet ist, bedrohen würde.

Was ist aber Rechtens, wenn A. in derselben Absicht dem B. mit einer eigenmächtigen gewaltsamen Pfändung einiger Fahrnisse z. B. Uhren, Prätiosen, die dem B. eigenthümlich

gehören, drohen würde, und diese Drohung gegründete Besorgnisse erzeugen könnte?

Die Entscheidung hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob diese eigenmächtig und mit Gewalt gegen die Person unternommene Pfändung einen Raub bilde oder nicht? Mir will die verneinende Beantwortung dieser Frage nicht ganz einleuchten. Denn sieht man auf die, im §. 169 des ersten Theils des Strafgesetzes enthaltenen Merkmahle des Raubes, so sind bey einer solchen Pfändung alle vorhanden. Der Pfändende thut einer Person, nämlich dem Schuldner Gewalt an, um sich eines dem Schuldner gehörigen, folglich eines fremden Gutes zu bemächtigen.

Allein, höre ich sagen, der Raub ist ein aus Gewaltthätigkeit gegen die Person, und aus einem Diebstahle zusammengesetztes Verbrechen, und seine Existenz fordert daher, so wie die des Diebstahls, auch eine gewinnsüchtige Absicht, welche aber bey einer eigenmächtigen Pfändung fehlt.

Ich verkenne nicht diese Natur des Raubes, möchte aber einmahl um das Gesetz fragen, welches uns ermächtigte, die Merkmahle eines Verbrechens aus einem andern, als dem, dieses Verbrechen normirenden Strafgesetze abzuleiten? Indessen will ich gerne zugeben, daß die Forderung der gewinnsüchtigen Absicht schon in der Natur des Raubes gegründet sey, glaube aber, daß diese Absicht nicht bloß dann vorhanden ist, wenn der Thäter sich einen Zuwachs am Vermögen verschaffen, sondern auch in dem Falle, wenn er die Abnahme desselben verhindern will, welches letztere gerade auch bey der Pfändung eintrifft.

Wenn nun diese Ansicht die richtige wäre, so müßte auch in Beziehung auf die Hauptfrage die Antwort dahin lauten, daß die Drohung das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit bilde.

E. Von den Subjecten des Verbrechens.

Rücksichtlich der Subjecte dieses Verbrechens haben die §§. 30 — 34 ihre volle Anwendbarkeit.

XXXVII.

Ueber das Finden eines Schatzes (§§. 398—401 des a. b. G. B.)

Vom

Herrn Dr. Anton Schuller,
nieder-österr. Regierungs-Agenten ꝛc.

Das a. b. G. B. unterscheidet im Hauptstücke von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung, — das Finden verlorner Sachen (§§. 388 — 394) von dem verborgener Gegenstände (§§. 395 — 397) und letzteres wieder von dem Finden eines Schatzes (§§. 398 — 401). Die Vorschriften für jeden einzelnen dieser Fälle können daher wenigstens nicht ganz gleichmäßig auch für einen der beyden anderen Gültigkeit haben, weil sonst aller Grund zu einer gesetzlichen Unterscheidung und abgesonderten Behandlung entfiele. — Insbesondere aber haben die Bestimmungen über das Finden eines Schatzes keine Anwendung auf irgend einen anderen Fund.

§. 1.

Was ist ein Schatz?

Im gemeinen Sprachgebrauche ist das Wort Schatz, (nach Adelung) sehr vieler Bedeutungen fähig. Dieß mußte für den Gesetzgeber um so mehr Veranlassung seyn, einen eigenen Begriff hiervon aufzustellen, und dadurch einer schwankenden Auslegung Schranken zu setzen. Nach dieser gesetzlichen

Definition [1]) hat man unter einem Schatze Geld, Schmuck oder andere Kostbarkeiten zu verstehen, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann. — Zum Unterschiede von jedem anderen Funde muß also, was „Schatz" genannt werden soll: 1.) eine kostbare, d. h. eine solche Sache seyn, die entweder vermöge ihres inneren Gehaltes für Jedermann von hohem Werthe, oder doch dem Sachverständigen, vielleicht gerade in literärischer Beziehung, schätzbar ist. Denn ohne diesen könnte man ja einen Schatz nicht, im Sinne des Gesetzgebers, eine Kostbarkeit nennen [2]). Es steht dieß auch mit dem Sprachgebrauche im Einklange, wornach Schatz in der engeren Bedeutung (siehe Adelung) einen Vorrath kostbarer oder für kostbar gehaltener Dinge bezeichnet, und gerade in diesem Sinne werden die Ausdrücke „ein vergrabener Schatz, einen Schatz heben, einen Schatz finden", gebraucht. — 2.) Die Sache muß so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann. Bey Beurtheilung, welcher Zeitraum hierzu erfordert werde, müssen die Umstände den Maßstab an die Hand geben. Kann zwar wohl nicht jener Ei-

---

[1]) „Bestehen die entdeckten Sachen in Geld, Schmuck oder anderen Kostbarkeiten, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, dann heißen sie ein Schatz" §. 398 des b. G. B.

[2]) Durch diese Distinction bey dem Begriffe von Kostbarkeiten zwischen Sachen, die für jeden gemeinen Menschen, und solchen, die nur für den Kenner einen höheren Werth haben, glaube ich die beyden würdigen Rechtsgelehrten Herrn Hofrath v. Zeiller und Herrn Appellationsrath Nippel vereinen zu können, indem ich dafürhalte, daß die dießfällige Verschiedenheit ihrer Ansichten mehr in Worten, als in der Sache selbst beruhe. Wenn Herr Hofrath v. Zeiller, ganz dem Texte des Gesetzes gemäß, unter „Schatz" nur eine Kostbarkeit versteht, so mochte er wahrscheinlich, indem er von dem erforderlichen hohen Werthe der Sache spricht, doch nicht den nur dem Auge des Kenners distinguirbaren scientifischen Werth ausgeschlossen wissen wollen.

genthümer selbst, welcher die Sache verborgen hat, doch aber sein rechtmäßiger Erbe in Erfahrung gebracht werden, so ist der Gegenstand doch nicht als Schatz, sondern nur nach den über das Finden verborgener Sachen bestehenden Vorschriften zu behandeln, indem die Erben in die Rechte des Erblassers treten (§§. 6, 531 und 532 des b. G. B.). Wäre dagegen bey einer solchen aufgefundenen kostbaren Sache aus den ihr anklebenden Merkmahlen zwar allerdings zu entnehmen, wem sie einstens gehört habe, ohne daß jedoch wegen des seit dem Tode dieses Eigenthümers inzwischen verstrichenen langen Zeitraumes sich an eine Ausmittlung seiner Erben denken ließe, z. B. wenn ein Ring oder die Rüstung &c. eines bestimmten römischen Kaisers entdeckt würde, so müßte dieser Fund doch immer als Schatz behandelt werden [1]), denn nach der dem §. 398 zu Grunde liegenden klaren Absicht hatte der Gesetzgeber hierbey eine Sache vor Augen, welche eben deßhalb, weil wegen ihres langen Verborgenliegens Niemand mehr ein Eigenthumsrecht auf selbe nachweisen kann, als eine freystehende betrachtet werden muß, was gerade hier der Fall ist [2]).

§. 2.
Was bey Auffindung eines Schatzes zu geschehen habe.

Eine Kundmachung, so wie sie bey verlornen oder anderen verborgenen Sachen vorgeschrieben ist, wird bey einem Schatze nicht erfordert, indem eben etwa schon aus der Gattung oder der Beschaffenheit der Sache selbst, vorzüglich aber aus den Umständen des Ortes, wo dieser Fund gemacht wird, die

[1]) Winiwarter's österr. bürgerl. Recht, II. Bd.

[2]) Der tract. de jur. incorp. gibt im zwölften Titel — „von verborgenen Schätzen und verborgenem Gut" — gar keine Definition vom Schatze. Dagegen ist der im römischen Rechte aufgestellte Begriff sehr übereinstimmend mit dem unserigen, denn man verstand hierunter „condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia." — const. un. Cod. 10. 15.

sehr lange Verborgenheit und Unmöglichkeit des Auffindens des vorigen Eigenthümers oder seiner Erben erhellen muß. Daß übrigens nicht jedes Alterthum schon an und für sich, wenn es irgendwo gefunden wird, als Schatz behandelt werden könne, ist klar; denn derley Gegenstände werden oft sorgfältig aufbewahrt, können daher auch eben so wie andere Dinge, in Verlust gerathen oder absichtlich verborgen werden. — Dagegen muß jedesmahl von der Ortsobrigkeit, welche der Finder von dem entdeckten Schatze in Kenntniß zu setzen, und die sonach die Umstände zu erheben und den Fund in einstweilige Verwahrung zu nehmen hat, hierüber Bericht an die Landesstelle erstattet werden.

§. 3.

Vertheilung desselben.

Bey dem Finden einer verlornen oder verborgenen Sache ist immer noch die Bekanntwerdung des Eigenthümers zu erwarten, daher ein solcher Finder anfangs auf die gefundene Sache selbst gar kein Recht (§. 388 des b. G. B.), nach Jahresfrist erst das Recht, sie zu benützen, und erst nach vollendeter Verjährungszeit [1]), gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht erlangt (§. 392). Bey Entdeckung eines Schatzes hingegen muß es als gewiß angenommen werden, daß man den vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren könne. Es fällt daher auch aller Grund hinweg, ihm seine Rechte, wie bey einem anderen Funde, noch längere Zeit hindurch vorzubehalten. Auf den Schatz, als eine herrenlose Sache, hätte daher der Staat, vermöge des obersten Eigenthumsrechtes, den ersten Anspruch. Aus politischen Gründen wird aber ein Drittheil desselben dem Finder, damit er sich zur redlichen Anzeige be-

[1]) Ich glaube dießfalls mit voller Ueberzeugung der wohlbegründeten Ansicht des Herrn Appellationsrathes Nippel beytreten zu müssen, daß unter Verjährungszeit hier die eigentliche Verjährung zu verstehen und der Zeitverlauf schon vom Tage des Fundes zu berechnen sey.

wogen fühle, und aus Billigkeitsrücksichten auch dem Grund-eigenthümer, weil vielleicht von seinen Voraltern als Eigenthümern des Grundes, der Fund herrühren mochte, oder weil doch sonst zunächst er selbst zur Nachsuchung und zur Untersagung des Aufsuchens von Seite dritter Personen berechtiget gewesen wäre, ebenfalls ein Drittheil zuerkannt. — Mehrere Finder vertheilen ihr Drittel unter sich nach gleichen Antheilen (§. 394), mehrere Miteigenthümer des Grundes dagegen nach Umständen, entweder verhältnißmäßig oder ebenfalls zu gleichen Theilen. Bey unvollständigem getheilten Eigenthume fällt der Drittheil in der Regel dem Ober- und Nützungseigenthümer zu gleichen Theilen zu (§. 399), daher also bey Lehen, Erbpacht-, Erbzins-, Fideicommiß- und Bodenzins-Gütern (bey letzteren jedoch mit Rücksicht auf die gleich anzuführende Beschränkung), ein Sechstheil dem Ober- und ein Sechstheil dem Nutzungs-Eigenthümer gebührt (§. 1143). — Bloß der Superfiziar macht eine theilweise Ausnahme von dieser Vorschrift der Theilung, denn nur, wenn der Schatz auf der Oberfläche des Grundes, als: in einem darauf gebauten Hause, oder einem Baume, nicht aber auch, wenn er unter der Erde gefunden wird, kann auch er, wie jeder andere Nutzungs-Eigenthümer, einen Sechstheil ansprechen (§§. 1125 und 1147). — Vermag Niemand das Eigenthumsrecht des Grundes, wo der Schatz entdeckt worden, zu erweisen, so erscheint dieser Grund und Boden als Staatsgut (§. 286), und dem Staate fallen daher zwey Drittheile des Schatzes zu. Dieß ist aber nicht nur der Fall bey öde liegenden Grundstücken, die keinen Besitzer haben, sondern auch bey Allem, was zu öffentlichen Gütern und zum Staatsvermögen gehört (§. 287); z. B. wenn der Schatz auf einer Straße, in einem Fluße, einem See, Aerarial-Gebäude und dergl. gefunden wird. — Ein in einem Bergwerke entdeckter Schatz muß gleichfalls ganz im Sinne des §. 399 vertheilt, und also auch dem Eigenthümer jenes Grundes, welcher in senkrechter Linie über dem Punkte, wo der Schatz entdeckt wurde, liegt, sein Drittheil zuerkannt werden. Denn ein recht-

licher Beweggrund, von der Anordnung des §. 399 abzuweichen, ist hier nicht vorhanden, wenn gleich der Fund erst in beträchtlicher Tiefe unter der Erdoberfläche erfolgt wäre. Welches Grundstück aber dieses an der Oberfläche gelegene sey, ist durch Hülfe der Markscheidekunst leicht zu berechnen. Trifft es sich, daß ein Schatz auf einem Gemeindegute[1]), in einer Kirche, einem Kloster, einem Stiftungshause, oder auf dem der Kirche, Kloster oder Stiftung gehörigen Grundstücke gefunden wird: so fällt der für den Grundeigenthümer bestimmte Drittheil der Gemeinde, Kirche, dem Kloster oder der Stiftung zu, sobald nur nicht die Amortisations-Gesetze im Wege stehen; denn wäre dieß der Fall, so würde auch dieser bezügliche Drittheil, vermöge des Caducitäts-Rechtes, zum Staatsschatze gezogen. — Pfarr- oder Gemeindeschulen und Friedhöfe gehören in die Classe der Gemeindegüter. Was somit rücksichtlich der Theilung des Schatzes bey letzteren so eben im Allgemeinen gesagt worden, gilt auch von jenen. Daß, wer bloß ein Hypothekar-, Servituts- oder Bestandrecht ausübt, in solcher Eigenschaft keinen Anspruch auf einen Theil des Schatzes habe, bedarf, da das Gesetz ausdrücklich nur des Eigenthümers erwähnt, keiner weiteren Bemerkung. Also auch nicht der Mann, wenn die Frau ein unbewegliches Gut als Heirathsgut mitgebracht, und auf diesem nicht er selbst, sondern ein Anderer den Schatz entdeckt hat, denn die dona parapherna verbleiben im Eigenthume der Ehegattinn[2]). Nicht einmahl den Fruchtgenuß des der Gattinn hierbey zufallenden Drittheiles des Schatzes kann der Mann ansprechen, denn ihm gehört, in so lange die eheliche Gemeinschaft fortgesetzt wird, nur die

---

[1]) Hierzu müssen auch jene Gebäude und Grundstücke gerechnet werden, welche im Sinne des Gesetzgebers (§. 288) das Gemeinde-Vermögen ausmachen.

[2]) Anders natürlich in jenen Fällen, wo sich erweisen läßt, daß der Mann das Heirathsgut für einen bestimmten Preis übernommen, und sich nur zur Zurückgabe dieses Geldbetrages verbunden hat (§. 1228 des b. G. B.).

Fruchtnießung des Heiraths-Gutes selbst und dessen, was diesem zuwächst (§. 1227); nun wurde aber der Schatz weder als Heirathsgut bestellt, noch erscheint er als Zuwachs desselben, sondern er ist eine freystehende Sache, die somit von allen Mitgliedern des Staates durch Zueignung erworben werden könnte, wenn nicht schon einigen Mitgliedern das Vorrecht dieser Zueignung gebührte (§. 382). — Dagegen ließe sich zwar einwenden, daß der Schatz wohl in Betreff des Finders rücksichtlich des ihm zufallenden Drittheils eine Gattung des Erwerbes durch Zueignung, in Betreff des Grundeigenthümers jedoch allerdings ein Zuwachs sey, indem der Grundeigenthümer nichts gefunden, sondern schon das Gesetz ihm seinen Antheil zugesprochen hat, welcher Antheil demnach um so mehr als wahrer Zuwachs betrachtet werden müsse, als auch die gesetzliche Definition des Zuwachses (§. 404) hiermit im Einklange stehe [1]. — Allein diese Gegenbemerkung dürfte mit Folgendem zu widerlegen seyn: Wäre der dritte Theil des Schatzes für den Grundeigenthümer ein Zuwachs, so müßten auch die Grundsätze über die Erwerbung des Eigenthumes durch Zuwachs hierauf anwendbar seyn. Nun erklärt aber der §. 415 des b. G. B., daß, sobald die vereinigten Sachen wieder abgesondert werden können, keine Erwerbung durch Zuwachs Statt habe, sondern jedem Eigenthümer das Seinige zurückgestellt werden müsse. Daraus also würde folgen, daß, weil der Schatz von dem Grunde, auf welchem er gefunden wird, doch immer wieder getrennt werden kann, der Grundeigenthümer nur sein bisheriges Eigenthum behalte, während der Schatz selbst als eine herrenlose Sache zwar nicht, wie es nach §. 415 geschehen sollte, seinem bisherigen Eigenthümer zurückgestellt, wohl aber von dem ersten Occupanten erworben werden könnte. Somit käme man doch wieder auf das Resultat, daß die Erwerbungsart des Schatzes auch für den Grundeigenthümer, respective seines Drittheiles,

---

[1]) Diese scharfsinnige Ansicht äußerte der würdige Herr Professor Dr. Schuster in seinen mündlichen Vorträgen.

nur in der Zueignung liege, während doch dort, wo wirklich ein Eigenthum durch Zuwachs erworben wird, es keiner Zueignung mehr bedarf, weil sonst das vierte Hauptstück des II. Thls. des a. b. G. B. dem vorhergehenden Dritten, wo von der Erwerbung des Eigenthumes durch Zueignung gehandelt wird, nicht coordinirt, sondern subordinirt seyn müßte.

Dazu kömmt noch Folgendes: der §. 415 schließt mit den Worten: „Kann aber keinem Theile ein Verschulden (der Vereinigung) beygemessen werden: so bleibt dem, dessen Antheil mehr werth ist, die Auswahl vorbehalten." — Wenn nun aber, was doch leicht seyn kann, der Schatz mehr werth ist, als der Grund, worauf er entdeckt wurde, — wem sollte dann diese Auswahl überlassen werden? — Aus dieser versuchsweisen Beziehung des Inhaltes der fraglichen Gesetzesstellen auf den besprochenen Fall, — mag es einleuchtend werden, daß die Grundsätze, welche für die Erwerbung des Eigenthumes durch Zuwachs bestehen, auf das Recht des Grundeigenthümers, den Drittheil des entdeckten Schatzes in Anspruch zu nehmen, gar nicht anzuwenden seyen. Dieses Recht des Grundbesitzers ist daher kein anderes, als das des Finders selbst, nämlich ein vorzugsweises Occupations-Recht. Es steht diese Ansicht übrigens auch mit der logischen Ordnung des Systemes unseres b. G. B. in bestem Einklange, denn da §. 382, im Hauptstücke von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung, ausdrücklich eines solchen Vorrechtes in der Zueignung gewisser freystehender Sachen, welches zur Ausnahme nur einigen Mitgliedern des Staates zustehen soll, erwähnt, so wird man zur Erwartung berechtigt, noch in eben demselben Hauptstücke diese Vorrechte aufgeführt zu finden, weil späterhin nirgends mehr im Gesetzbuche von der Erwerbung des Eigenthumes durch Zueignung die Rede ist. — Dieser Erwartung nun wird in der That entsprochen, indem die erwähnten Vorrechte in der Zueignung freystehender Sachen auf nachfolgende Weise noch im nämlichen Abschnitte bestimmt werden: 1.) im §. 392, zu Gunsten des Finders verlorner Sachen, wenn sie durch Ver-

jährung des früheren Eigenthumsrechtes freystehend geworden sind; 2.) im §. 397, zu Gunsten des Finders verborgener Sachen, unter gleicher Voraussetzung; 3.) im §. 399, zu Gunsten des Finders des Schatzes und des Eigenthümers des Grundes, worauf er entdeckt worden; 4.) im §. 403, zu Gunsten desjenigen, der eine fremde bewegliche, vom Eigenthümer aber dann nicht mehr rückgeforderte, somit verlassene Sache vom unvermeidlichen Verluste oder Untergange gerettet hat.

Bekennt man sich demnach zu der hier zu behaupten versuchten Ansicht, daß der bezügliche Drittheil des entdeckten Schatzes selbst für den Grundeigenthümer nicht als Zuwachs schon durch das Gesetz, sondern nur, wie es beym Finder desselben unbestrittenermaßen der Fall ist, erst durch Geltendmachung des ihm eingeräumten Vorrechtes zur Occupation erworben werde: so muß man auch nothwendig zugeben, daß, wie oben bemerkt worden, der Ehemann als solcher nicht den Fruchtgenuß des Drittheiles eines, auf dem seiner Gattinn zum Heirathsgute bestellten unbeweglichen Gute gefundenen Schatzes, anzusprechen habe. — Ist eine res immobilis zur Widerlage bestellt und hierauf bey noch bestehender Ehe ein Schatz entdeckt worden: so fällt der besprochene Drittheil dem Manne, oder jenem Dritten, der die Widerlage ausgesetzt hat, als freyes unbeschränktes Eigenthum zu, ohne daß die Gattinn, für den Fall, als sie den Mann überlebt, darauf einen Anspruch hätte. Zur Begründung wird auf das eben zuvor in Betreff des Heirathsgutes Bemerkte hingewiesen. Ist nun dem zufolge der Schatz kein Zuwachs des Grundes, so kann er auch nicht als dessen Zugehör und nicht für eine unbewegliche, sondern nur für eine nach Willkühr davon trennbare bewegliche Sache angesehen werden [1]). Ist der Grund, worauf man den Schatz gefunden hat, in der Gütergemeinschaft begriffen, ohne daß jedoch dieß Recht zur Gemeinschaft bücherlich ausgezeichnet wurde: so gebührt der Drittheil doch nur jenem Ehetheile zu seiner

---

[1]) §§. 293 und 294 des a. b. G. B.

Verfügung, welcher der Eigenthümer des unbeweglichen Gutes ist. War dagegen das besprochene Recht zur Gemeinschaft schon der Landtafel oder dem Grundbuche gehörigen Orts einverleibt: so theilen die Ehegatten jenen auf den Grundeigenthümer entfallenden Antheil unter sich dergestalt, daß selbst dem in die Gütergemeinschaft Aufgenommenen schon bey Lebzeiten des Anderen der volle Genuß und das unbeschränkte Eigenthum seines Theiles gebührt. Denn die Beschränkung, daß ein Ehegatte, dessen Recht zur Gemeinschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen wurde, während der Ehe kein Recht auf die Nutzungen, sondern erst nach des Anderen Tode das freye Eigenthum erwerbe: kann nur auf das der Gemeinschaft unterzogene unbewegliche Gut selbst, nicht aber auf eine dort gefundene, herrenlose Sache, d. i. einen Schatz, der kein Zugehör desselben ist, bezogen werden. In Rücksicht dieses Letzteren gebühren ihm vielmehr, in wie weit er einen Anspruch darauf hat, alsogleich alle Rechte eines vollständigen und unbeschränkten Eigenthümers. — Daß ein den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag den Ehegatten, welcher Eigenthümer des Grundes ist, nicht hindere, den Drittheil des auf demselben gefundenen Schatzes für sich allein in Besitz zu nehmen, und darüber zu schalten, kann ohnedem nicht in Zweifel gezogen werden [1]). — Wurde endlich der Grund und Boden unter den Ehegatten zur Fruchtnießung auf den Fall des Ueberlebens bestimmt: so muß es gleichfalls einleuchten, daß der besprochene dritte Theil des Schatzes dem dermahligen Eigenthümer des Grundes unbeschränkt gebühre, ohne daß der andere Ehegatte bey späterhin eintretender Wirksamkeit seines Advitalitäts-Rechtes, auch den Fruchtgenuß desselben ansprechen dürfte, indem seine Rechte keine anderen sind, als die eines Fruchtnießers überhaupt [2]). — Hat der vorige Eigenthümer des Grundes, auf welchem nun der Schatz sich vorfindet,

[1]) §. 1252 des b. G. B.

[2]) §. 511.

seinen Erben durch fideicommissarische Substitution[1]) verpflichtet, diesen Grund einstens einem zweyten ernannten Erben zu überlassen; so gebührt der für den Grundeigenthümer bestimmte Drittheil doch nur allein dem ersten (Fiduciar-) Erben, mit Ausschluß des Nacherben, vorausgesetzt, daß der Substitutions-Fall noch nicht eingetreten ist. Denn bis dorthin genießt der erste Erbe ein wenn gleich beschränktes[2]), aber dennoch vollständiges, ungetheiltes Eigenthumsrecht[3]). Wurde der Schatz in einem vertauschten oder verkauften, aber noch nicht übergebenen Gebäude oder Grunde gefunden: so kömmt es darauf an, ob der Veräußerer zur Zeit des Fundes schon zur Uebergabe verpflichtet gewesen wäre, oder nicht. Im letzteren Falle gebührt der für den Grundeigenthümer bestimmte Drittheil dem Besitzer, im ersteren dem Uebernehmer[4]). Wird ein Schatz an der Gränze mehrerer Grundeigenthümer entdeckt[5]), so theilen sie den auf den Grundeigenthümer entfallenden Antheil unter sich, und zwar jederzeit zu gleichen Theilen, selbst dann, wenn ihre Grundstücke nicht gleich groß seyn sollten. Dieß gründet sich auf die Analogie des §. 421, denn der in diesem Paragraphe behandelte Fall ist mit dem hier besprochenen vollkommen ähnlich, und nur darin von ihm unterschiedlich, daß dort die anspruchige Sache oberhalb der Superficies, hier dagegen unterhalb derselben gedacht wird. Nun ist es aber auch nach §. 421 einerley, ob die Grundstücke, an deren Gränze der Baum steht, gleich groß sind oder nicht. Eben so wenig macht es dabey einen Unterschied, wenn auch der Schatz nicht gerade in der Mitte gefunden worden wäre, sondern den Grund eines oder des anderen Nachbarn mehr oder weniger berührt hätte. Zur analogischen Ent-

---

1) §. 608.

2) §. 613.

3) §§. 358 und 399.

4) §§. 1047, 1050, 1051 und 1066.

5) Hiervon spricht Herr Appellationsrath Nippel, dessen Commentar §. 399.

scheidung dient hier gleichfalls §. 421, nebstdem aber auch noch §. 407.

Findet eine solche Person, welcher ein gesetzliches Hinderniß zu erwerben im Wege steht, einen Schatz, z. B. eine Ordensperson, die das Gelübde der Armuth abgelegt hat, so kann sie natürlich den Finderantheil nicht erwerben [1]. In derley Fällen würde dieser Antheil dem Orden, falls aber die Amortisations-Gesetze entgegen ständen, dem Staate zufallen.

§. 4.

Wie man seines Antheiles verlustig werden könne?

Wenn bey Entdeckung des Schatzes sich Jemand 1.) einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht; 2.) ohne Wissen und Willen des Nutzungseigenthümers den Schatz aufgesucht; 3.) den Fund verheimlicht hat: so fällt sein Antheil dem Angeber, oder wenn kein Angeber vorhanden ist, dem Staate zu [2]. — Welche Handlung für unerlaubt anzusehen und daher mit dem Verluste des Antheiles zu verpönen sey, wird im Gesetze nicht bestimmt. Ohne Zweifel müssen insbesonders alle in den Strafgesetzen verbothenen Handlungen hierher gerechnet werden. Aber auch die Anwendung von Zauberey gehört in diese Classe, denn schon nach dem tract. de jur. incorp. war ein auf solchem Wege zufällig gefundener Schatz der Confiscation unterworfen [3]. — Das ausschließende Recht, den Boden zu benützen, gebührt

[1] §. 355 des b. G. B.

[2] §. 400 des b. G. B.

[3] Tract. de j. i. 12 lit. §. 8. — Nicht unwichtig ist noch der Umstand, daß auch das preußische Landrecht, welches bey Abfassung unseres vaterländischen Gesetzbuches so augenscheinlich zur Richtschnur diente, das Aufsuchen von Schätzen mittelst vermeintlicher Zaubermittel, Geisterbannern rc. gleichfalls mit dem Verluste des gesetzlichen Antheiles an dem zufälliger Weise wirklich gefundenen Schatze bedroht. A. L. R. I. 9. §. 86. — **Winiwarter** das österr. bürgerl. Recht, II. Thl. S. 161.

nur dem vollständigen oder dem Nutzungseigenthümer. Ist also das Eigenthum unvollständig und getheilt; so darf selbst der Obereigenthümer nichts unternehmen, was mit diesem ausschließenden Rechte des Nutzungseigenthümers im Widerspruche stände [1]). Der Obereigenthümer darf somit eben so wenig, wie ein Dritter, den Grund und Boden eigenmächtig dazu benützen, um nach Schätzen zu graben. Thut er dieß ohne Wissen und Willen des Nutzungseigenthümers, so verliert er, wie jeder dritte solche Finder, seinen Antheil. — Die Pflicht zur Anzeige des Fundes folgt schon aus der Vorschrift, daß die Entdeckung des Schatzes von der Ortsobrigkeit der Landesstelle bekannt zu geben sey [2]), und ist, in wie weit sie dem Finder selbst obliegt, consequent mit der einem Finder verborgener Sachen überhaupt hierzu obliegenden Verbindlichkeit [3]). Aber auch der Grundeigenthümer wird mit dem Verluste seines Antheiles bestraft, wenn er von dem gefundenen Schatze gewußt, dessen Entdeckung jedoch verheimlicht hat. Nun frägt es sich, ob jede Unterlassung der vorschriftmäßigen Anzeige schon als solche Verheimlichung anzusehen sey, die mit dem Verluste des Antheiles verpönt ist, und binnen welcher Zeit diese Anzeige geschehen müsse?

Nicht jede Unterlassung der Anzeige hat den Verlust des gesetzlich bestimmten Antheiles zur Folge, dieß zeigt schon 1.) der vom Gesetzgeber gebrauchte Ausdruck: „verheimlichen," welcher in seiner Stellung mit „geheim" halten oder „verhehlen" identisch ist, und insbesondere von Sachen gebraucht wird, die man nicht heimlich halten sollte [4]). Dieß Wort deutet auf eine gewisse Absicht hin, und will somit mehr sagen, als eine bloße Unterlassung aus Fahrlässigkeit oder Unkenntniß. Daß aber auch der Gesetzgeber mit der Bedeutung „verheimlichen" wirklich diesen Sinn verbunden, und somit hierunter nur ein auf

---

[1]) §. 357 und 363 des b. G. B.

[2]) §. 398.

[3]) §. 395 des b. G. B.

[4]) Siehe das Wort „Verheimlichen" bey Adelung.

bösen Vorsatz gegründetes Verborgenhalten verstanden hat, muß insbesondere aus dem Justiz-Hofdecrete vom 10. September 1823 erhellen, wo ausdrücklich erklärt wird, daß die Verheimlichung eines Schatzes keineswegs als das im §. 180 c) I. Thl. des St. G. B. bezeichnete Verbrechen des Betruges angesehen werden könne, sondern der Verhehler eines Schatzes nur nach Maßgabe des §. 400 des b. G. B. zu bestrafen sey. Offenbar wurde also bey einer Verheimlichung als solcher, das Daseyn einer bösen Absicht vorausgesetzt, denn sonst wäre es ja nicht nöthig gewesen, jedes Verheimlichen des Schatzes ohne Unterschied aus der Reihe der Verbrechen auszuschließen. Nicht unbeachtet darf ferner 2.) der Umstand bleiben, daß laut des eben gedachten Hofdecretes vom 10. September 1823 die Verheimlichung eines Schatzes bloß nach den dießfalls bestehenden politischen Vorschriften zu behandeln ist. Nun spricht sich aber eine von einer politischen Landesbehörde erflossene declaratorische Verordnung [1]) dahin aus, daß, nicht anzeigen und verheimlichen oder verborgenhalten, offenbar und nach dem unzweydeutigsten Ausspruche des Sprachgebrauches zwey wesentlich verschiedene Begriffe seyen, deren ersterer eine bloße Unterlassung, letzterer hingegen eine geflissentliche Anwendung eigener Mittel voraussetzt, um die Entdeckung des geheim gehaltenen Gegenstandes zu hindern oder wenigstens zu erschweren.

Diese Bemerkungen dürften begreiflich machen, daß, wenn der Finder oder der betreffende Grundeigenthümer aus bloßer Fahrlässigkeit, Vergessenheit, Unwissenheit des Gesetzes oder Unkenntniß des Werthes der Sache, die ihm obliegende Anzeige an die Ortsobrigkeit unterläßt, er um dessentwillen noch nicht seines Antheiles verlustig werde, sondern diese widrigen Folgen erst dann eintreten, wenn die Anzeige vorsätzlich, um

---

[1]) Verordnung der österr. Regierung an die Wiener Polizey-Ober-Direction vom 9. November 1826, Z. 45,162. Siehe Kudler's Commentar, dritte Auflage 1. Bd. S. 108.

sich einen unerlaubten Vortheil zuzuwenden, unterbleibt, weil nur in diesem letzteren Falle eine Verheimlichung im Sinne des Gesetzgebers und des gewöhnlichen Sprachgebrauches Platz greift. Eben weil also erst aus den Umständen beurtheilt werden muß, in wieferne dem Betheiligten eine Verheimlichung zur Last gelegt werden könne, so folgt weiters, daß die dem Finder verlorner und verborgener Sachen zur Anzeige anberaumte Frist von acht Tagen, auf jene Personen, die zur Anzeige eines entdeckten Schatzes verpflichtet sind, von keiner Anwendung sey. Anderer Meinung ist wohl Herr Appellationsrath Nippel[1]) aus dem Grunde, weil jeder Schatz eine verborgene Sache ist, die sich lediglich durch ihre lange Verborgenheit auszeichne, weßhalb also der §. 395 auch bey Entdeckung eines Schatzes vollkommen gelten müsse. Allein, wenn gleich letzterer allerdings auch eine verborgene Sache ist: so zeigen doch eben die für den Fall der Entdeckung eines solchen erlassenen, ganz eigenthümlichen Vorschriften, daß hierbey keineswegs so, wie bey anderen verborgenen Gegenständen, vorgegangen werden soll. Niemand hat hierbey dem Finder einen Lohn zu entrichten, sondern es verbleibt diesem, wie dem Grundeigenthümer, ein Drittel des gemachten Fundes, was wohl schicklicher Finderantheil, als Finderlohn, genannt werden dürfte, weil man es doch auch nicht Finderlohn zu nennen pflegt, wenn dem Finder einer verlorenen oder verborgenen Sache nach Verlauf der Verjährungsfrist das Eigenthum der gefundenen Sache verbleibt. — Wollte man einwenden, daß, wenn auch für die Entdeckung eines Schatzes ganz spezielle, gesetzliche Bestimmungen erlassen wurden, doch für den nicht entschiedenen Fall, wann die Anzeige der geschehenen Entdeckung zu machen sey, die Beantwortung ex analogia aus §. 395 hergeholt werden müsse: so glaube ich erwiedern zu können, daß gerade in dem, weil der Finder verlorener oder verborgener Sachen schon durch bloße Unterlassung der Anzeige in der ge-

[1]) Dessen Commentar §. 400.

setzlich anberaumten Frist den Finderlohn verliert; der Finder eines Schatzes dagegen (so auch der Grundeigenthümer) erst durch Verheimlichung des Fundes, seines Antheiles verlustig wird, wieder ein neuerlicher Unterschied zwischen beyden Fällen liege, wobey es also um so weniger zulässig seyn kann, die für den ersteren erlassene Vorschrift ergänzungsweise auch auf den letzteren anwenden zu wollen. Ja es mochte wohl der höchste Gesetzgeber absichtlich eine Zeit, bis wann die Anzeige des entdeckten Schatzes bey Verlust des Antheiles erfolgen müsse, nicht bestimmt haben, aus dem Grunde, weil sie sich nicht für alle Fälle zum Voraus bestimmen läßt, sondern erst aus den Umständen beurtheilt werden muß, ob eine Verheimlichung Statt gefunden habe. Es versteht sich dabey wohl von selbst, daß eine längere Zeit der Nichtanzeige, den Verdacht der Verheimlichung steigern könne, eben so ist es aber auch begreiflich, daß die Verheimlichung schon zur Gewißheit erwachsen seyn kann, ehe noch acht Tage seit dem Funde verflossen sind.

§. 5.

Besondere Vorschriften über das Finden archäologischer und numismatischer Gegenstände.

Da der entdeckte Schatz zwischen dem Aerar, dem Finder und Grundeigenthümer vertheilt wird, so hat jede Partey das Recht, diesen ihren Antheil in natura zu fordern. Eine Ausnahme besteht jedoch für den Fall, daß alte Münzen, Medaillen oder andere dergleichen Alterthümer und Denkmähler aufgefunden werden. Diese müssen, um das Studium der Numismatik und Archäologie möglichst zu befördern, sammt einer genauen Beschreibung, wenn aber der Transport zu beschwerlich wäre, nur eine Beschreibung oder Zeichnung allein, und wo sich ein innerer Werth sicher bestimmen läßt, sammt der von den Landesmünzprobierämtern vorzunehmenden Schätzung dieses inneren Werthes, an die k. k. allgemeine Hofkammer einbegleitet werden, die sie sonach an das k. k. Münz-

und Antiken = Cabinet zur Auswahl, jene derley Gegenstände aber, welche vom k. k. Münz= und Antiken=Cabinete nicht zurückbehalten werden, zur öffentlichen Feilbiethung gelangen läßt, wobey den Interessenten nur der innere Werth, sammt dem bey allfälliger, öffentlicher Versteigerung sich ergebenden Mehrbetrage, nach Maßgabe ihres Antheiles zu vergüten, bey Sachen hingegen, von welchen die Landesmünzprobierämter einen inneren Werth nicht sicher bestimmen können, falls sie das Cabinet für sich behält, jederzeit nach der billigsten Schätzung und nach Maß des höheren oder minderen Grades ihrer Seltenheit der Werth, sonst aber der im öffentlichen Verkaufe eingegangene Erlös verhältnißmäßig zu erstatten ist, — unverkauft verbliebene dagegen werden dem Finder auf Verlangen gegen Bezahlung oder Abrechnung des ihm zukommenden Antheiles zurückgestellt [1]).

---

[1]) Siehe ein Mehreres hierüber in den dießfalls erlassenen höchsten Verordnungen, zusammengestellt in Winiwarter's Handbuch, II. Band ad §. 899.

XXXVIII.

Beantwortung der in dem October-Hefte 1834 dieser Zeitschrift gestellten Anfrage, in welchem Falle nach dem Hofdecrete vom 16. Februar 1792, Nr. 235, die Affigirung des Urtheiles im Gerichtsorte nicht genüge, sondern die Aufstellung eines Curators für den abwesenden Streittheil und die Ausfertigung der Edicte erforderlich sey.

Vom

Herrn Leopold Staudinger,

k. k. nieder-österr. Landrathe.

Ehe der Verfasser dieses Aufsatzes obige Frage zu beantworten versucht, erachtet er die in dem Hofdecrete vom 16. Februar 1792, Nr. 235, berufenen Paragraphe der a. G. O. und sohin dieses Hofdecret selbst wörtlich anzuführen, weil die Beurtheilung dieses Gegenstandes hauptsächlich auf der Vergleichung der citirten Paragraphe der a. G. O. mit obigem Hofdecrete beruht.

Der §. 14 der a. G. O. lautet:

„Die Schriften sollen unter der bey jedem Gerichte gewöhnlichen Aufschrift und Unterschrift überreichet, da, wo im Gerichtsorte eigene angenommene Rechtsfreunde bestehen, von einem zum Gerichtsstande berechtigten Rechtsfreunde unterfertigt werden. In derselben ist auch von Außen nebst dem Namen und Charakter beyder streitender Theile der Gegenstand des Streites anzuzeigen.“

Mit diesem Paragraphe ist aber auch der §. 384 der a. G. O. und jene Verordnungen in Verbindung zu setzen, welche vorschreiben, die Wohnung der Partey auf der Eingabe gehörig zu bezeichnen.

Der §. 387 der a. G. O. ordnet an:

„Wenn ein Theil während des Prozesses seine Wohnung ändern wollte, soll er dem Gegner seine künftige Wohnung bey Zeiten gerichtlich erinnern lassen; widrigens soll die gerichtliche Verordnung bey dem Gerichtsorte angeschlagen werden, und diese Anschlagung eben von jener Wirkung seyn, als wenn die Zustellung geschehen wäre; doch hat in solchem Falle der Gerichtsdiener die zu der gerichtlichen Verordnung gehörigen Beylagen zurückzuhalten, und auf Anmeldung jenem, welchem sie hätten zugestellt werden sollen, zu übergeben.“

Der §. 391 der a. G. O. hat folgenden Inhalt:

„Wenn der Beklagte außer den Erblanden seinen Wohnort hat, oder dieser unbekannt ist, soll zu dessen Vertretung auf seine Gefahr und Unkosten ein Curator bestellt, und dieses ihm durch ein öffentliches Edict zu dem Ende kundgemacht werden, damit er allenfalls einen andern Sachwalter bestelle.“

Das oberwähnte, an das k. k. mährisch-schlesische Appellationsgericht erlassene Hofdecret vom 16. Februar 1792 lautet nun also:

„Obschon sich der Zweifel über die Zustellung der Urtheile an jene Parteyen, die nicht nur allein vom Gerichtsorte abwesend sind, sondern deren Aufenthalt auch unbekannt ist, nicht leicht ergeben kann, wenn sich gegenwärtig gehalten wird, was die §§. 14 und 387 der Gerichtsordnung verordnen, so wird doch für den sich ergebenden möglichen Fall erklärt, daß auch dann bey Zustellung des Urtheils sich gegenwärtig zu halten sey, was der §. 391 der Gerichtsordnung vorschreibt, ohne daß deßwegen

an den Fristen zur Appellations- oder Revisions-Anmeldung etwas geändert werde."

Ueber die Anwendung dieses Hofdecretes wurde meines Wissens schon längere Zeit in praxi gestritten; auch wurde vor Kurzem von einer Gerichtsbehörde ein Anfragebericht an ein hohes Obergericht darüber erstattet, wie sich in Ansehung der Zustellung der Urtheile zu benehmen sey, wenn eine Partey vor der Zustellung des Urtheils unbekannten Aufenthalts geworden ist.

Dieser Anfragebericht wurde dem obersten Gerichtshofe vorgelegt, worüber in Folge Hofdecrets vom 31. Jänner 1835 nachstehende Intimation an die Unterbehörde herablangte:

„Da das Hofdecret vom 16. Februar 1792 selbst (im Allgemeinen) auch hinsichtlich der Zustellung der Urtheile auf den §. 387 der a. G. O. hinweiset, und nur für einen gedenkbar möglichen Fall, wo etwa doch der §. 387 der G. O. nicht anwendbar wäre, die Gegenwärtighaltung des §. 391 der G. O. bey der Zustellung der Urtheile verordnet, mithin nichts Neues verfügt hat, so werde die anfragende Gerichtsbehörde lediglich auf die dießfälligen Verfügungen der G. O. verwiesen."

Daß durch das Hofdecret vom 16. Februar 1792 die im §. 387 der a. G. O. festgesetzte Norm, wann eine gerichtliche Verordnung am Gerichtsorte zu affigiren sey, keine Abänderung erlitten hat, darüber dürften sich wohl alle Stimmen vereinigen; es kann auch bey dem im Eingange dieses Hofdecretes gebrauchten allgemeinen Ausdrucke, so wie nach der erstgewähnten höchsten Erledigung des Anfrageberichtes der Satz keinem Zweifel mehr unterzogen werden, daß unter den richterlichen Verordnungen, von welchen der §. 387 der a. G. O. spricht, auch Urtheile zu verstehen seyen; jedoch läßt sich nicht in Abrede stellen, daß mehrere Paragraphe der a. G. O. Anhaltspunkte für die entgegengesetzte Meinung gewähren; denn der §. 250 der a. G. O. stellt die Regel fest, daß jedes Urtheil der Partey zu eigenen Handen oder zu Handen ihres Sachwalters zugestellt werden soll; es besteht demnach für die

Zustellung der Urtheile eine besondere gesetzliche Vorschrift; es wird ferner in dem §. 387 der a. G. O. von Beylagen der Verordnung, welche der Gerichtsdiener zurückzubehalten hat, Erwähnung gemacht, und es werden wohl Bescheide mit Beylagen, nie aber Urtheile mit Beylagen zugestellt; auch ergibt sich aus mehreren Paragraphen der a. G. O., insbesondere aus den §§. 187 und 267 [1]), daß gewöhnlich nach der Sprache der Gerichtsordnung unter dem Ausdrucke, Verordnung, kein Urtheil gemeint sey; ferner ist der im §. 391 der a. G. O. enthaltene Ausdruck: unbekannter Wohnort mit dem im §. 387 gewählten Worte Wohnung eigentlich nicht identisch; denn besonders in größeren Städten ereignet es sich oft, daß Jemand, weil er die Wohnung änderte, nicht leicht aufzufinden ist, ohne daß sich deßhalb behaupten läßt, er sey unbekannten Aufenthaltes, indem sein Aufenthalt in derselben Stadt durch Nachforschung bey der politischen Obrigkeit erhoben werden kann. Aus diesen Gründen haben Viele erachtet, daß der §. 387 nur auf die Affigirung von Bescheiden, die im Laufe des Prozesses sich ergeben, nicht aber auch auf Urtheile, mit denen wichtigere Rechtsfolgen verbunden sind, zu beziehen sey; allein das Hofdecret vom 16. Februar 1792 dehnt offenbar den im §. 387 enthaltenen Ausdruck, Verordnung, auch auf Urtheile aus, und so viel mir bekannt ist, wird in der hierortigen Praxis, wenn es sich um die Affigirung handelt, zwischen Urtheilen und Bescheiden kein Unterschied gemacht.

Es kann demnach das Hofdecret vom 11. Februar 1792 nur auf einen Ausnahmsfall und zwar auf einen solchen angenommen werden, bey welchem folgende factische Voraussetzungen Statt gefunden haben: Es mußte nämlich die Klage von

---

[1]) §. 187. „Der Beweis durch Kunstverständige . . . . soll nicht geführt werden, er sey denn durch einen Spruch oder eine gerichtliche Verordnung veranlaßt worden.“

§. 267: „Wenn ein Bescheid, oder eine Verordnung wider diese Gerichtsordnung erginge, welche lediglich die Form des Prozesses beträfe, soll der beschwerte Theil nicht appelliren oder revidiren.“

einem gehörig bevollmächtigten Rechtsfreunde überreicht worden seyn; es mußte der Wohnort beyder Streittheile zur Zeit der überreichten Klage bekannt gewesen und die Klage den Geklagten zugestellt worden seyn, und es mußte erst in der Folge, als das vom Gerichte geschöpfte Urtheil kund zu machen war, die Zustellung desselben dadurch gehemmt werden, daß der Aufenthalt der betreffenden Parten nicht erhoben wurde, wozu noch die Umstände sich zu gesellen haben, daß die betreffende Parten, während dieses Zeitraumes weder ihre geänderte Wohnung dem Gerichte angezeigt, noch einen Bevollmächtigten namhaft gemacht hat.

Die Voraussetzung dieser Facta ist deßhalb nothwendig, weil in dem Fall, als der Wohnort des Geklagten schon bey der Ueberreichung der Klage unbekannt war, nach §. 391 der a. G. O. über die Klage ein Curator zu bestellen und die Edicte auszufertigen waren, mithin die Zustellung des Urtheiles zu Handen des für den Abwesenden aufgestellten Curators zu geschehen hat, und weil in den Fällen, wenn die veränderte Wohnung dem Gerichte bekannt gemacht war, oder wenn ein gehörig Bevollmächtigter einschreitet, über die Zustellung des Urtheils kein Zweifel obwalten kann.

Nimmt man aber obige factische Voraussetzungen als wesentliche Bedingungen an, so wird sich wohl schwer ein Fall ausmitteln lassen, auf welchen nach dem kategorischen Wortlaute des §. 387 der a. G. O. das Hofdecret vom 16. Februar 1792 angewendet werden könnte, weil Alles, was nach zugestellter Klage und vor Kundmachung des Urtheils im Civil-Rechtszuge geschieht, offenbar als während des Prozesses geschehen, anzusehen ist. Folgender Versuch im Nachforschen practischer Fälle, dürfte obige Behauptung vielleicht rechtfertigen.

Es wurde mehrmahls die Frage in Anregung gebracht, ob in dem Falle, wenn der Geklagte, dem die Klage zu eigenen Handen zugestellt wurde, und der keinen Bevollmächtigten ernannte, über sein Ausbleiben bey der Tagsatzung oder wegen

Nichterstattung der Einrede in dem ihm festgesetzten Termine in Contumaciam verurtheilt worden ist, und wenn dieses Urtheil ihm wegen seines spätern unbekannten Aufenthaltes nicht zugestellt werden kann, gegen ihn nach dem Schlußsatze des Hofdecrets vom 16. Februar 1792 verfahren werden könne; allein es läßt sich nicht wohl annehmen, daß unter dem sich ergebenden möglichen Falle, welcher Ausdruck doch unverkennbar auf einen seltneren Fall hindeutet, eine so oft vorkommende Contumacirung gemeint seyn sollte; auch verdient derjenige, der sich contumaciren läßt, schon wegen seines Nichterscheinens bey Gerichte mindere Rücksicht, und das Hofdecret vom 31. October 1785 Nr. 489 lit. dd ordnet in Ansehung der Zustellung der Urtheile in Contumaz-Fällen dasselbe an, als ob ein über die mit beyden Theilen gepflogene Rechtsverhandlung geschöpftes Urtheil zuzustellen wäre; auch paßt der Wortlaut und der Sinn des §. 387 der a. G. O. auf derley Contumaz-Fälle. Uebrigens wurde in dem oberwähnten Anfrageberichte ausdrücklich angeführt, daß die betreffende Gerichtsbehörde in derley Contumaz-Fällen die Urtheile affigirt, und die hierortige Praxis beobachtet meines Wissens seit vielen Jahren ein gleichmäßiges Verfahren.

Als einen seltneren Fall möchte ich folgenden bezeichnen: Es wird mit beyden Theilen, die bey der Tagsatzung persönlich erscheinen, die Verhandlung über eine zum mündlichen Verfahren geeignete Rechtssache gepflogen, und einer von beyden Streittheilen begibt sich, nachdem die Acten zum Spruche eingelegt wurden, jedoch früher als das Urtheil geschöpft wird, in das Ausland, oder sein Aufenthalt ist zur Zeit, als ihm das Urtheil zugestellt werden soll, unbekannt; wäre wohl in diesem Falle das Hofdecret vom 16. Februar 1792 zuläßig?

Diese Frage erachte ich gleichfalls zu verneinen, weil der Umstand, daß beyde Theile vor Gericht verhandelten, nicht die Folgerung rechtfertigt, es habe ihr Prozeß in dem Momente der Acten-Inrotulirung schon aufgehört; durch den im §. 387 der a. G. O. vorkommenden Ausdruck: während des

Prozesses, dürfte sich unbezweifelt die Gesetzmäßigkeit der Affigirung des Urtheils ergeben.

Derselbe Grund dürfte auch für folgenden Fall gelten: Zwey Streittheile führen unter Vertretung gehörig bevollmächtigter Rechtsfreunde einen schriftlichen Prozeß ab; nach geschlossenem Acten-Rotulus begibt sich ein Theil bald darauf in das Ausland, kündet jedoch vor seiner Abreise allenfalls drey Tage nach der Inrotulirung seinem Rechtsfreunde die Vollmacht auf, ohne dem Gerichte seinen veränderten Wohnort anzuzeigen, oder einen andern Bevollmächtigten zu ernennen. Das Urtheil wird nach Verlauf von sechs Wochen geschöpft und der Rechtsfreund verweigert, mit Berufung auf die von seiner Partey ihm gemachte Aufkündung, die Zustellung des Urtheils zu seinen Handen. Auch in diesem Falle erfüllt das Gericht, *wenn* es das Urtheil bloß affigirt, nach dem Wortlaute des §. 387 der a. G. O. die ihm obliegende Verbindlichkeit, und die Folgen treffen die Partey, welcher es ohnehin oblag, sich um den Ausgang ihres Rechtsstreites zu bekümmern. Auch dringend überreichte Gesuche, wie z. B. Verbothe auf die in der Aufbewahrung eines Dritten befindlichen Güter, wenn auch die Zustellung der Verbothsbewilligung zu Handen des Schuldners nicht in seine Wohnung, sondern allenfalls an einem öffentlichen Orte geschehen wäre, und rücksichtlich die hierüber geschöpften Urtheile dürften keine Ausnahme von dem §. 387 der a. G. O. bewirken, indem die Verboths-Justifizirungsklage in Ansehung der Zustellung gleich anderen gerichtlichen Eingaben zu behandeln sind.

Nach reiflicher Ueberlegung theile ich demnach die Ansicht, daß dem Hofdecrete vom 16. Februar 1792 kein wirklicher practischer Fall zu Grunde gelegen sey, daß es vielmehr nur vorsichtsweise erlassen wurde, wie es auch die Worte: Für den sich ergebenden möglichen Fall zu erkennen geben, und wie es insbesondere durch das oberwähnte neueste Hofdecret vom 31. Jänner 1835 bekräftigt wird, nach welchem es nur dann zu beobachten sey, wo etwa

doch der §. 387 der a. G. O. nicht anwendbar wäre; indem die Gesetzgebung unmöglich alle Fälle, die sich in der Wirklichkeit so verschiedenartig gestalten, vorhersehen kann, und für außerordentliche Fälle eine besondere Maßregel dem richterlichen Ermessen anheim zu stellen manchmahl für räthlich findet.

Wenn übrigens erwogen wird, daß die westgalizische Gerichtsordnung den Inhalt des §. 387 der Josephinischen Gerichtsordnung in dem §. 508 ganz beybehalten hat, daß dagegen aber das Hofdecret vom 6. Februar 1792 in die westgalizische Gerichtsordnung nicht aufgenommen wurde, so dürfte hieraus gefolgert werden, daß sich sowohl hier, als in den Provinzen der Monarchie keine solchen Fälle ergeben haben, welche mit Abgehung von der Vorschrift des §. 387 nach dem Hofdecrete vom 16. Februar 1792 die Aufstellung eines Curators und die Ausfertigung der Edicte erforderlich gemacht hätten, und ich erachte demnach, daß jeder Richter mit Beruhigung die Affigirung nach §. 387 vornehmen könne, wobey auch zu berücksichtigen kömmt, daß der Abwesende keinen Grund hat, sich über dieses Verfahren zu beschweren, indem Jeder, der sich in einen Rechtsstreit einläßt, die Vorschriften der Prozeßordnung zu wissen nöthig hat, für den Gegentheil aber durch die Edictal-Citation mindestens eine Rechtsverzögerung herbey geführt würde.

Meines Wissens wird zwar in dem Falle, wenn in einem Urtheile das Recht beyder Streittheile von der Ablegung eines Haupteides abhängig gemacht wird, und wenn derjenige, dem im Urtheile der Haupteid aufgetragen wird, zur Zeit der Zustellung desselben unbekannten Aufenthaltes ist, für ihn ein Curator bestellt, und es werden Edicte ausgefertigt, in welchen der Inhalt des Urtheiles vollständig aufgenommen wird; allein dieses Verfahren geschieht nicht eigentlich zum Behufe der bloßen Zustellung des Urtheils; denn, insofern es sich um die Zustellung handelt, würde die Vorschrift des §. 387 der a. G. O. allerdings hinreichen; sondern dieser Vorgang hat einen Grund in der ganz eigenthümlichen Beschaffenheit des

Haupteides, als gerichtsordnungsmäßigen Beweismittels, welche es mit sich bringt, so weit als möglich zu gehen, damit derjenige, der den Haupteid abzulegen hat, in die Lage gesetzt werden kann, entweder diese Handlung zu leisten, oder den Eid seinen Gegnern zurückzuschieben. Eben deßhalb wird zu dieser Edictal-Kundmachung auch dann geschritten, wenn die betreffende Partey, deren Aufenthalt während des Prozesses unbekannt wurde, auch einen gehörig bevollmächtigten Rechtsfreund im Gerichtsorte zurückgelassen hat, indem letzterer nur berechtigt ist, die Rechtssache seines Clienten vor Gericht während des Prozesses zu vertreten, ihm aber keineswegs gestattet ist, nach der Entscheidung desselben auf ein bedingt zuerkanntes Recht seines Mandanten durch die Zurückschiebung des Haupteides oder durch eine sonstige Erklärung zu verzichten.

Endlich dürfte es einiges Interesse haben, das ofterwähnte Hofdecret vom 16. Februar 1792 mit dem Hofdecrete vom 29. August 1818, Nr. 1488, mit Anwendung auf einen Contumazfall zu vergleichen. Es würde z. B. ein Contumaz-Urtheil gegen den Eigenthümer einer in den öffentlichen Büchern eingetragenen Satzpost und zwar dahin geschöpft, er sey schuldig, in die Löschung dieser Post zu willigen, und dieses Urtheil würde unter obigen factischen Voraussetzungen nach dem §. 387 der a. G. O. affigirt.

Nun verordnet das Hofdecret vom 29. August 1818, Nr. 1488, sub 1.) „die Zustellung der Verordnung an denjenigen, gegen den eine Aufhebung seines dinglichen Rechtes bewirkt werden soll, muß so geschehen, wie es in der Gerichtsordnung in Ansehung der ersten in einer Streitsache ergangenen Verordnung vorgeschrieben ist“ und sub 2.) heißt es in diesem Hofdecrete: „Die Zustellung kann ganz unterbleiben, wenn sich der ergangene Bescheid auf Urtheile oder andere den Theilnehmenden ohnehin bekannte Urkunden gründet.“ Da man nun ein affigirtes Contumaz-Urtheil nicht als eine Urkunde ansehen kann, welche demjenigen, dessen Aufenthalt

man nicht weiß, bekannt wurde, so muß nach diesem Hofdecrete der Bescheid, mittelst welchem die Realinstanz die Löschung dieser Satzpost bewilligt, durch Edict kund gemacht werden, und ein Curator für den abwesenden Besitzer dieses dinglichen Rechtes bestellt werden.

Dieses Verfahren würde zwar zeigen, daß man einen Sachwalter für den Abwesenden in einem Zeitpunkte wählen würde, nachdem das Urtheil, welches seine Streitsache entschieden hat, bereits rechtskräftig geworden ist, allein dieser Vorgang steht keineswegs im Widerspruche mit der Ansicht, daß in dem Zeitpunkte, als es sich um die Kundmachung des Urtheils handelt, die Affigirung genüge; denn die Bewilligung der grundbücherlichen Löschung ist die Execution, welche dem obsiegenden Streittheile auf die Grundlage des Contumaz-Urtheiles ertheilt wird; und auch in andern Executionsfällen, wenn z. B. in Folge eines affigirten Contumaz-Urtheiles das zurückgelassene Waarenlager eines abwesenden Schuldners gepfändet werden soll, wird die Gerichtsbehörde bey der Vornahme dieses Executions-Actes unbezweifelt einen Curator desselben beyziehen, welches Benehmen schon in dem §. 276 des a. b. G. B. gegründet ist, laut welchem die Bestellung eines Curators für Abwesende dann zu geschehen hat, wenn sie keine ordentlichen Sachwalter zurückgelassen haben, ohne solchen aber ihre Rechte durch Verzug gefährdet, oder die Rechte eines Andern in ihrem Gange gehemmt werden.

Wenn demnach auch darauf Rücksicht genommen wird, daß bey der Vornahme der Execution auf ein Vermögen, welches eine unbekannten Aufenthalts befindliche Partey hierorts zurückließ, zum Schutze derselben ohnehin nach dem Gesetze Vorsichtsmittel angewendet werden müssen, so erscheint die nach dem §. 387 der a. G. O. angeordnete Affigirung des Urtheils auch in ihren wichtigsten practischen Folgen gegen den Abwesenden gerechtfertigt, und die ihm etwa entgehenden Rechtsmittel der Wiedereinsetzung und der Appellation gegen das rich-

terliche Erkenntniß hat er nur sich selbst zuzuschreiben, **weil der** §. 389 der a. G. O. ihn ausdrücklich anweiset, bey **Zeiten** einen Bevollmächtigten zu ernennen, wo hingegen, **wenn in** so vielen Fällen nach gehörig gestellter Klage im Laufe des Prozesses Curatoren aufgestellt würden, diese Curatoren, um sich vor Verantwortung zu schützen, öfters die Rechtsmittel der Wiedereinsetzung und der Appellation ohne Information und zum Nachtheile desjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtssache entschieden wurde, angreifen müßten.

XXXIX.

Erklärung über den §. 4 des St. G. B. I. Theils.

Vom

Herrn Joseph Kitka,
k. k. mährisch-schlesischen Landrathe.

Die Worte des §. 4 lauten: Das Verbrechen entsteht aus der Bosheit des Thäters, nicht aus der Beschaffenheit desjenigen, an dem es verübet wird. Verbrechen werden also auch an Uebelthätern, Unsinnigen, Kindern, Schlafenden, auch an solchen Personen begangen, die ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen.

Dieser Paragraph ist so einfach und so genau abgefaßt, daß man glauben sollte, es sey jede Commentirung desselben überflüssig. Gleichwohl gehöret in den Umfang dieses Gesetzes eine Menge von Fällen, deren richtige Entscheidung nicht immer einleuchtend, und für den mit den Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft weniger Vertrauten oft mit keinen geringen Schwierigkeiten verbunden ist, abgesehen von dem hohen Interesse und der Mannigfaltigkeit der Fälle, welche sich aus der näheren Zergliederung dieses Paragraphes ergeben. Wir glauben daher, uns die Zufriedenheit derjenigen, welche sich für die Criminalrechtspflege interessiren, zu erwerben, wenn wir eine möglichst vollständige Erklärung dieses Paragraphes zu liefern unternehmen; für jeden Fall wird aber diese Er-

klärung unseren Lesern einen reichhaltigen Stoff zum Nachdenken darbiethen, und dieses Nachdenken zur richtigeren Entscheidung der unter diesen Paragraph zu reihenden Fälle beytragen.

1.) Der böse Vorsatz und die äußere That sind die wesentlichen Bedingungen, welche zur Begründung eines Verbrechens erfordert werden (Nr. II. der Einl. und §. 1). Hieraus folgt, daß es bey der Beurtheilung, ob eine bestimmte That ein Verbrechen bilde, auf die Eigenschaft oder Beschaffenheit des durch das Verbrechen Beschädigten, Verletzten oder Beleidigten nicht ankomme; daher die Vorschrift des §. 4: daß das Verbrechen aus der Bosheit [1]) des Thäters, nicht aus der Beschaffenheit desjenigen, an dem es verübet wird, entstehe. Schon durch diese Vorschrift ist jedem möglichen Zweifel bey Entscheidung der Frage, ob die Beschaffenheit desjenigen, an dem die That verübet wird, in den einzelnen Fällen den Begriff des Verbrechens aufheben könne oder nicht, vorgebeugt. Indessen hat das Gesetz die Anwendung dieser

---

[1]) Bosheit ist hier für bösen Vorsatz genommen; denn der Begriff eines Verbrechens fordert es keineswegs, daß der Thäter gerade boshaft seyn müsse, d. i., daß er das Verbrechen bloß, um es zu verüben, begehe, mithin nur aus Bosheit oder Rache gegen den Beschädigten handle. Die Bosheit wird nur ausnahmsweise als Merkmahl des Verbrechens gefordert, wie es z. B. in dem §. 74 der Fall ist; wogegen bey anderen Verbrechen, z. B. bey dem Diebstahle, Betruge, Raube u. s. f. der Thäter gewiß äußerst selten aus Bosheit handelt, indem er die That nur wegen des sich aus deren Ausführung für ihn ergebenden Vortheiles unternimmt, und im Bewußtseyn der Strafbarkeit dieser That, sofort mit bösem Vorsatze, nicht aber aus Bosheit handelt. Hat sich Jemand durch Schadenfreude, Neid oder Rachsucht zu einem Verbrechen bestimmen lassen, so nennet man den bösen Vorsatz auch Bosheit. Man kann also sagen, daß jede Bosheit den bösen Versatz in sich schließe, aber nicht umgekehrt, da der böse Versatz auch ohne Bosheit vorhanden seyn kann.

Vorschrift durch spezielle Anführung der Subjecte, deren Rechte durch die That verletzet werden, und deren Beschaffenheit an der verbrecherischen That nichts ändert, erläutert. — In die Classe solcher Individuen rechnet das Gesetz[1]):

A. Uebelthäter, ohne Unterschied, ob der Uebelthäter sich eines schweren oder nur eines minder strafbaren Verbrechens, einer schweren Polizeyübertretung, oder nur eines Polizeyvergehens schuldig gemacht, oder, ob er nur in Beziehung auf die Moral und Religion als Uebelthäter erscheint; ferner ohne Unterschied, ob die Uebelthat bereits erwiesen, und der Uebelthäter zur verdienten Strafe bereits verurtheilt wurde oder nicht. — Hiernach läßt sich leicht beurtheilen, wie der so oft besprochene Streit bei Lösung der Frage: ob derjenige, der einen wegen eines Verbrechens bereits zum Tode Verurtheilten vor dessen gesetzmäßiger Hinrichtung unberufen tödtet, sich eines Verbrechens schuldig mache, auszugleichen sey. Mit Rücksicht auf den §. 4 ist es gar nicht zweifelhaft, daß in diesem Falle der Thäter wegen des Verbrechens des Mordes bestraft werden müßte, weil er den Mord an einem Uebelthäter verübt hat[2]). Man könnte wohl — abgesehen von dem

---

[1]) Da die meisten der hier angeführten Individuen schon nach dem bürgerlichen Rechte unter einem besonderen Schutze der Gesetze stehen (§§. 21, 22, 187, 269 u. a. m. des a. b. G. B.), so ergibt sich von selbst, daß die Verübung der Verbrechen an diesen Individuen die Straflosigkeit des Thäters nicht zur Folge haben könne.

[2]) S. auch Jenull's Commentar zum §. 4 S. 158, Anmerkung lit. a); Becke im neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, S. 409; Abbeg eben da Bd. 9, S. 625 — 643. Feuerbach hält die an einem zum Tode Verurtheilten verübte Tödtung nur für eine Polizeyübertretung (s. dessen Lehrbuch §. 34 und Anmerkung lit. a). Deßgleichen Grolman (in seiner Criminalrechts-Wissenschaft §. 259, Anmerkung lit. a). Nach den Anmerkungen zum bayerischen St. G. B. Art. 142 wird die an einem zum Tode verurtheilten Verbrecher unternommene Tödtung als eine vorsätzliche Tödtung (Mord) erklärt. — Wir werden zur Erläuterung unserer

positiven Gesetze — einwenden, daß der zum Tode Verurtheilte ohnehin sterben müsse; und ob dieß einige Stunden früher oder später geschieht, dieser unbedeutende Unterschied könne doch nicht zur Folge haben, daß der Thäter als Mörder der Strafe unterworfen werde. Genug, wenn er für seine That den Händen der Polizey zur Ahndung übergeben wird. — Allein, abgesehen davon, daß es auch noch bis zur letzten Lebensstunde des zum Tode Verurtheilten ungewiß bleibet, ob nicht noch in dieser Stunde, in dem Augenblicke, in welchem die Hinrichtung vor sich gehen soll, die Begnadigung des Verurtheilten nachträglich erfolget; so wird durch die gedachte Einwendung offenbar zu viel bewiesen, denn es müßte sonst die Straflosigkeit des Thäters (als Verbrechers) auch dann Statt finden, wenn er einen lebensgefährlich Verwundeten, dem die Aerzte eine Lebensfrist von höchstens vier und zwanzig Stunden geben, tödtet, was aber zu behaupten kaum gewagt werden könnte, und doch ist es auch hier, wie in dem in Frage stehenden Falle, noch immer ungewiß, ob der Verwundete, ungeachtet ihm das Leben von den Aerzten abgesprochen wurde, doch nicht noch geheilet und genesen werde. Auch hat ja derjenige, der noch einige Stunden leben kann, zur Fortsetzung dieses Lebens dasselbe Recht, welches dem Menschen, abgesehen davon, wie lange er nach seiner körperlichen Constitution und nach seinen Verhältnissen noch leben wird, seine Existenz zu erhalten, zusteht. Uebrigens ändert die Endabsicht nichts an der That, und es ist daher gleichviel, ob der Thäter den zum Tode verurtheilten Verbrecher aus dem Grunde tödtet, um an ihm Rache zu üben, oder nur aus dem Grunde, um dessen öffentliche Hinrichtung zu vereiteln, und hiernach jener Schande, welche er und die übrigen Verwandten des

---

Ansichten über den Sinn des §. 4 zwar meistens das Verbrechen des Mordes, als eines der wichtigsten Privatverbrechen, als Beyspiel nehmen; was aber von diesem Verbrechen gesagt wird, gilt auch in Beziehung auf andere Verbrechen.

Verurtheilten aus dieser Hinrichtung besorgen, auszuweichen. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die eine solche That begleitenden besonderen Umstände das Verbrechen sehr mildern, und daß daher in solchen Fällen wichtige Gründe eintreten können, von dem, dem Landesfürsten zustehenden Begnadigungsrechte (oder von der Strafänderung) Gebrauch zu machen (§. 444), wie dieß z. B. in dem zuletzt gegebenen Falle eintreten könnte, wo der Thäter zu der Thatausführung nur durch das Schamgefühl angetrieben wird, und daher keine besondere Bosheit verräth. — Es wird aber hierbey — wie es wohl von selbst einleuchtet — vorausgesetzt, daß der Thäter von der Verurtheilung des Verbrechers zum Tode Wissenschaft hatte; denn wäre dieß nicht der Fall, so müßte derselbe, wie jeder andere Mörder, behandelt werden, und eine Begnadigung könnte ihm aus dem alleinigen, ihm unbewußten Grunde, daß der Ermordete als Verbrecher zum Tode verurtheilt war, nicht zu Theil werden, wenn sich hierzu der Landesfürst nicht vielleicht durch den Umstand bewegen ließe, daß die Hinrichtung des Verurtheilten ohnehin für jeden Fall (unbedingt — ohne Begnadigung) hätte erfolgen müssen. — Für ganz straflos würden wir aber den Thäter dann halten, wenn er bloß im Namen und mit Zustimmung des zu der Hinrichtung bestimmten Scharfrichters, letztere in der dazu bestimmten Stunde auf die sonst gewöhnliche (gesetzliche) Art vorgenommen hätte; denn es macht keinen wesentlichen Unterschied, ob die Hinrichtung durch den Scharfrichter selbst, oder in dessen Namen durch einen Dritten vollzogen wird, und es könnte daher in diesem Falle von einem Verbrechen kein Rede seyn. Polizeyliche Bestrafung des Thäters und des Scharfrichters könnte vorzüglich dann Statt finden, wenn der Thäter aus Unkenntniß in der Hinrichtungskunde oder geflissentlich den Verurtheilten bey der Hinrichtung auf eine grausame Art martern, und die Qualen desselben vermehren würde. — Aus den angeführten Gründen können wir behaupten, daß sich selbst der Scharfrichter, der zur Hinrichtung des Verurtheilten bestimmt ist, des Mordes schuldig machen

würde, wenn er den Verurtheilten vor der zu dessen Hinrichtung bestimmten Zeit absichtlich tödtet, weil er hier nicht als Scharfrichter, sondern als unberufener Mörder handelt [1]). Ergäbe sich der Fall, daß der Gesetzgeber einen Uebelthäter für rechtlos (vogelfrey) erklären würde, d. h., daß der Uebelthäter von Jedermann, da, wo er betreten wird, getödtet werden könne, so verstehet sich von selbst, daß derjenige, der diesen Uebelthäter tödtet, gar nicht, vielweniger also als Verbrecher bestraft werden könnte [2]).

B. Unsinnige. Dieses Wort wird hier in der weitesten Bedeutung genommen, so, daß hierunter alle jene Individuen gereihet werden müssen, welche als Seelen- oder Gemüthskranke anzusehen sind, nämlich Wahn- und Blödsinnige, Rasende, Narren, Mondsüchtige, Fallsüchtige, Wilde, Taubstumme, u. m. a., welche des Gebrauches des Verstandes ganz oder zum Theil, für immer oder nur zeitweise beraubet sind. Ob der Thäter den Unsinnigen aus Erbarmen (um seinem Leiden ein Ende zu machen), oder in einer anderen Absicht ermordet, ändert nichts an dem Begriffe des Verbrechens, obschon nach Verschiedenheit dieser Absicht eine Milderung der Strafe eintreten kann. — Bey Verbrechen, die sich auf das solchen Personen gehörige, insbesondere aber bewegliche Eigenthum beziehen, muß man bey der Beurtheilung, ob die im Besitze des Beschuldigten befindliche Sache von diesem entwendet worden sey, mit einer besonderen Vorsicht zu Werke gehen, indem sich bereits öfters Fälle ergeben haben, wo der Beschuldigte die Sachen solcher Personen in der redlichen Absicht in Besitz und Verwahrung nahm, damit diese Sachen dem, des Verstandgebrauches Beraubten, nicht auf eine unrechtmäßige

---

[1]) Schon in den Quellen des gemeinen Rechtes (C. 14. Caus. XXIII. Qu. 5.) heißt es: Cum minister judicis occidit eum, quem judex jussit occidi, profecto, si id sponte facit, homicida est, etiamsi eum occidat, quem scit a judice debuisse occidi.

[2]) Grolman's Criminalrechts-Wissenschaft §. 21.

Art von Jemanden entwendet werden, oder sonst in Verlust gerathen; und da der Eigenthümer wegen seiner Verstandesschwäche in den meisten Fällen keine beruhigende Aufklärung über die Art und Weise, wie er aus dem Besitze seiner Sache kam, zu geben im Stande ist, so wird hierüber die Vernehmung des Beschuldigten noch vor dem Beschlusse, ob der Beschuldigte zur Criminaluntersuchung geeignet sey, nothwendig [1]).

C. Kinder, ohne Unterschied, ob das Kind bereits geboren, oder noch ungeboren (erst empfangen) ist (§. 22 des a. b. G. B.), obschon an noch ungebornen Kindern nur gewisse Verbrechen begangen werden können, z. B. die Leibesfruchtabtreibung (§. 128), nicht aber auch Raub oder Betrug. Bis zu welchem Alter das Kind als solches zu betrachten ist, läßt das Gesetz unbestimmt. Eine solche Bestimmung würde der Natur der Sache offenbar widersprechen, und eben so ungereimt seyn, als die Stellung der Frage: Bis zu welchem Alter an einem Kinde Verbrechen begangen werden können, da es kein Alter geben kann, unter welchem oder über welches hinaus es erlaubt wäre, an einem Rechtssubjecte Verbrechen zu begehen.

D. Schlafende, ohne Unterschied, ob der Schlafende im gewöhnlichen natürlichen Schlafe begriffen, oder scheintodt, ob der Schlaf eine gewöhnliche Folge der Ermattung des Körpers zur Erhebung und Sammlung neuer Kräfte, oder eine Folge der Trunkenheit ist.

E. Solche Personen, die ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen. — Diese Gesetzesstelle umfaßt sehr mannigfaltige Fälle, deren Entscheidungen sehr verschieden sind; daher die Nothwendigkeit, in den Geist dieser Gesetzesstelle tiefer einzudringen. Wenn es ja zweifelhaft wäre, welche Fälle unter der allgemein lautenden Vorschrift: daß das Verbrechen nicht aus der Beschaffenheit desjenigen, an dem es verübt wurde, sondern aus der Bosheit des Thäters entstehe — begriffen sind, so würde dieser Zweifel

---

[2]) S. meinen Thatbestand S. 93 — 99.

vorzüglich bey Lösung der Frage entstehen, ob das Verbrechen auch dann vorhanden sey, wenn der Beschädigte seinen Schaden selbst verlangt, oder zu demselben einwilliget, da es selbst nach der Criminalrechts-Wissenschaft noch nicht ganz unbestreitbar ist, ob und in wiefern dieses Verlangen oder Einwilligen (z. B. wenn A zu seiner Ermordung, dem B als seinem Untergebenen den Befehl gibt, oder wenn A zum Legen des Feuers an seinem Eigenthume, dem B die Bewilligung ertheilt) den Begriff des Verbrechens aufhebt. Deßhalb war es auch nothwendig, diesen Zweifel durch eine positive Bestimmung zu lösen. Daß der Begriff eines Verbrechens durch das bloße Verlangen oder Einwilligen nicht aufgehoben werden könne, ergibt sich aus der Betrachtung, daß bey den Verbrechen nicht der einzelne Beschädigte, sondern der ganze Staatsverein interessiret sey (Nr. II. der Einl.); es daher allen Staatsbürgern daran liege, die Verbrecher bestraft zu sehen, um nicht durch die Straflosigkeit der Thäter die Gefahr für Alle zu vermehren. — In welchem Sinne ist aber die Vorschrift: daß das Verbedhen auch an solchen Personen verübet werde, die ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen — zu nehmen? Gilt diese Vorschrift unbedingt, es handle sich um ein Verbrechen, um welches es wolle? Man sollte das Letztere glauben, weil das Gesetz rücksichtlich dieses oder jenes Verbrechens keinen Unterschied macht, sondern ganz allgemein lautet, und daher nach der bekannten Rechtsregel: „ubi lex non distinguit, nec judex distinguere debet" bey Anwendung der erwähnten Gesetzesstelle zwischen Verbrechen und Verbrechen nicht unterschieden werden darf[1]). Wir sind

[1]) Das bayerische St. G. B., hat hierin einen Unterschied gemacht, indem es im Artikel 123 heißt: „Eine unter Strafe verbothene Handlung wird wegen einer von dem Beschädigten dazu ertheilten stillschweigenden oder ausdrücklichen Erlaubniß weder straflos, noch in minderem Grade strafbar. Handlungen, welche bloß auf Verlust oder nicht gemeingefährliche Beschädigung des Eigenthumes gerichtet sind, werden durch die von dem Beschädigten dazu ertheilte Er-

des Dafürhaltens, daß man diesen Unterschied machen müsse, und daß dieser Unterschied in der Natur der Verbrechen so fest gegründet sey, daß man in einzelnen Fällen höchst inconsequente Entscheidungen schöpfen würde, wenn man von diesem Unterschiede ganz absehen wollte. Ohne eine, der nothwendigen Kürze des Gesetzes Abbruch thuende Weitläufigkeit, konnte sich jedoch der Gesetzgeber in eine nähere Feststellung dieses Unterschiedes nicht einlassen. Zur leichteren dießfälligen Beurtheilung und Uebersicht lassen sich mehrere Grundsätze aufstellen, und hiernach die Verbrechen selbst in mehrere Classen eintheilen.

Als einen zum Behufe der Beurtheilung, welche Thaten

---

laubniß unsträflich." — Diese Vorschrift scheint uns in der Beziehung zu hart, daß die Erlaubniß *unbedingt jede Strafmilderung* ausschließt. Höchst unbestimmt ist aber die Vorschrift im Entwurfe eines St. G. B. für Brasilien: Es finde kein Verbrechen Statt, wenn der, den das daraus entspringende Uebel betrifft, eingewilliget hat" (s. *Mittermaier's* krit. Zeitschrift Bd. 1, S. 170). Andere Gesetzgebungen (wie z. B. das preußische Landrecht, Tit. 20 §. 826 und 834) lassen bey der vorhandenen Erlaubniß des Beschädigten im Falle der Tödtung nicht, wie sonst bei Tödtungen (Mord), die Todesstrafe, sondern nur eine mehrjährige Festungs- oder Zuchthausstrafe eintreten. Mehrere Schriftsteller sehen in Fällen, wo die Erlaubniß des Beschädigten zu der das Eigenthum betreffenden That vorliegt, letztere nur als Polizeyvergehen an, wie z. B. *Stübel* im neuen Archiv des Criminalrechtes, Bd. 9, S. 586. Unser Strafgesetzbuch läßt sich in keine Bestimmungen der Strafe in den hier erörterten Fällen ein; allein, es kann mit Rückblick auf den §. 36 nicht gezweifelt werden, daß eine Milderung der Strafe Statt finde, und wir glauben daher nicht, daß (nach dem vom *Stübel* a. a. O. S. 578 gegebenen Beyspiele) jener Arzt, welcher einem, von einem tollen Hunde gebissenen Menschen, bey dem schon die Wasserscheu ausgebrochen war, auf dessen Bitten ein Mittel zur Beschleunigung des an sich schon unvermeidlichen nahen Todes gegeben hätte (nach *Stübel's* Ansicht) eben so, wie jeder andere Mörder, ohne alle Rücksicht die Todesstrafe verwirken würde.

nicht als Verbrechen zu behandeln sind, sobald jene Personen, an welchen diese Thaten verübet werden, ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen, dienlichen Grundsatz, kann man annehmen, daß die That kein Verbrechen bilde, sobald die That von der Art ist, daß das Verlangen oder die Einwilligung ein oder das andere, zur Bildung des Begriffes des Verbrechens, welches abgesehen von dem Verlangen oder Einwilligen, begründet werden würde, nothwendiges Merkmahl ausschließt, mithin der Begriff des Verbrechens selbst hinwegfällt. — Zu der sich aus diesem Grundsatze ergebenden ersten Classe von Verbrechen gehören folgende[1]):

a) Mehrere Arten der öffentlichen Gewaltthätigkeit, nämlich jene in den §§. 74, 75, 78 und 80; denn sobald A dem B die Bewilligung gibt, die ihm (A) gehörige Sache zu beschädigen, fällt der Begriff des Verbrechens hinweg (§. 74), weil es gleichviel ist, ob A sein Eigenthum selbst beschädiget, oder durch einen Dritten beschädigen läßt. Eben so wenig sind die Merkmahle des Menschenraubes (List oder Gewalt) vorhanden (§. 75), wenn der in eine auswärtige Macht Ueberlieferte hierzu einwilliget. Eben so wenig kann man von einer eigenmächtigen Beschränkung der persönlichen Freyheit sprechen (§. 78), sobald derjenige, um dessen Freiheit es sich handelt, mit dieser Beschränkung einverstanden ist. Auch ist keine listige oder gewaltsame Entführung einer Weibsperson denkbar (§. 80), wenn Letztere mit dem angeblichen Entführer freywillig die Flucht

[1]) Gewöhnlich nimmt man bey der Beurtheilung, in wiefern das Verlangen oder die Einwilligung des Beschädigten die Straflosigkeit des Thäters zur Folge hat, die Eintheilung der Rechte in unveräußerliche und veräußerliche zum Grunde. Allein, wie verschieden wird nicht die Frage beantwortet, welche Rechte veräußerlich sind, und welche nicht! Man hat daher aus diesem und anderen wichtigen Gründen auf eine überzeugende Art bewiesen, wie wenig diese Eintheilung zum Behufe der gedachten Beurtheilung dienen könne; (s. Hepp im neuen Archive des Criminalrechtes Bd. 11, S. 84 u. ff.).

ergreift[1]). b) Nothzucht (§. 110); denn sobald die Weibsperson in die Schändung williget, ohne daß diese Einwilligung eine Folge der gefährlichen Bedrohung oder wirklich ausgeübten Gewaltthätigkeit, mithin als eine erzwungene anzusehen ist, so sind die Begriffsmerkmahle „gefährliche Drohung oder wirklich ausgeübte Gewaltthätigkeit" ausgeschlossen. c) Brandlegung (§. 147); denn sobald der Beschädigte die Anlegung des Feuers von einem Dritten selbst verlangt, oder hierzu einwilliget[2]), so ist auch der Begriff dieses Verbrechens aufge-

---

[1]) Es muß jedoch hierbey, und überhaupt bey den hier erörterten Fällen, wie dieß tiefer unten ohnehin näher bemerkt werden wird, vorausgesetzt werden, daß die Einwilligung oder das Verlangen rechtsgültig sey. So lange also z. B. ein Kind unter der Vormundschaft oder väterlichen Gewalt stehet, so lange kann dessen Einwilligung den Begriff des im §. 80 bezeichneten Verbrechens nicht aufheben. Dasselbe muß behauptet werden, wenn das Gesetz auf die Einwilligung ausdrücklich keine Rücksicht nimmt; daher bleibt die Entführung einer verheiratheten Weibsperson nach dem §. 80 selbst dann ein Verbrechen, wenn die Entführung mit ihrem Willen geschehen ist. Erst dann, wenn auch der Ehemann mit der Entführung einverstanden ist, verschwindet der Begriff der Entführung.

[2]) Wenn der Einwilligende nicht der Eigenthümer der Sache ist, so hört die That auch nicht auf, Verbrechen zu seyn. Es ist aber hierbey zu unterscheiden, ob dieß dem Thäter bekannt war oder nicht. Im ersten Falle ist sowohl der Thäter als der unbefugt Einwilligende (§§. 5 und 191), im letzten Falle aber nur der Einwilligende strafbar. Bey dem gleich zu erörternden Verbrechen des Raubes bedarf es noch folgender Bemerkung: Hat der Thäter gewußt, daß der Einwilligende nicht der Eigenthümer der Sache ist, so wird der Erstere nur wegen des Diebstahles gestraft, weil der Einwilligende in Beziehung auf die ihm bey der Hinwegnahme der Sache angethane Gewalt dem Thäter die Einwilligung rechtsgültig geben konnte, mithin diese Gewalt oder Drohung bey Beurtheilung der That nicht in Anschlag kommt, und ohne Gewalt oder Drohung der Begriff des Raubes nicht vorhanden ist (§. 169). Ist aber die Gewaltthätigkeit so weit gegangen, daß der Einwilli-

hoben, weil es (implicite) in dem Begriffe dieses Verbrechens liegt, daß solches wider den Willen des Beschädigten verübt werde, und weil es gleichgültig ist, ob der Beschädigte die Brandlegung an seinem Eigenthume selbst unternimmt (§§. 149 und 150), oder durch einen Dritten unternehmen läßt; es ist gleichviel, ob der Beschädigte 2000 fl. in Banknoten, die ihm gehören, verbrennet, oder sein unbewegliches Gut in eben diesem Werthe durch einen Dritten in der von diesem unternommenen Feuersbrunst zu Grunde gehen läßt [1]). d) Diebstahl; weil die Einwilligung zur Wegnahme der eigenen Sache den Begriff des Diebstahles (§. 151) aufhebt, und eine Schenkung begründet. e) Veruntreuung (§§. 161 und 163); aus denselben Gründen. f) Raub (§. 169). Da der Raub nichts anderes ist, als ein mit Gewalt oder Drohung verübter Diebstahl so schließt auch dieses Verbrechen die Einwilligung des Beschädigten aus [2]). Wenn auch der Eigenthümer in der Folge seinen Willen ändert, und dem Ditten die Uebergabe der Sache verweigert, Letzterer aber sich diese Sache mit Gewalt gegen den Eigenthümer (oder einen Dritten) verschaffet, so kann diese Handlung höchstens nur als eine eigenmächtige Rechtsdurchsetzung angesehen werden; und da der Thäter durch die mündliche Uebereinkunft auf die Sache ein Recht bereits erworben hat, so könnte von dem Verbrechen des Raubes keine Rede seyn.

---

gende schwer verwundet wurde, so trifft das Verbrechen der schweren Verwundung mit jenem des Diebstahles zusammen, und der Thäter ist wegen beyder Verbrechen strafbar, weil, wenn sich die Einwilligung auch bis auf eine Körperverletzung erstreckt hätte, diese Einwilligung, wie es tiefer erörtert werden wird, den Begriff des Verbrechens der schweren Verwundung nicht aufhebt.

[1]) Hierbey wird aber vorausgesetzt, daß durch die Brandlegung nicht zugleich das Eigenthum eines Anderen (außer dem Beschädigten) der Feuersgefahr ausgesetzt werde, weil sonst der §. 149 zur Anwendung käme.

[2]) Vergleiche die vorhergehende, bey der Brandlegung angeführte Anmerkung.

Dasselbe gilt unter der hier vorausgesetzten Bedingung auch in Beziehung auf den vorhin bemerkten Diebstahl. g) Betrug (§. 176 [1]). Schwerlich dürfte sich der Fall ergeben, daß Jemand einem Anderen in der Beziehung seine Einwilligung gibt, daß dieser jenen zu seinem Schaden in einen Irrthum führen könne. Gesetzt aber, dieser Fall träte doch ein (z. B. wenn der Beschädigte seine eigene, oder die Vorsicht eines Dritten, bey dem er die betreffende Sache in Aufbewahrung hat, prüfen, und zu diesem Ende die Erfahrung machen wollte, ob ihn der Andere überlisten werde), so würde der Begriff des Betruges wegfallen, weil der Beschädigte seine Einwilligung zu der Ueberlistung gab; und so wie der Eigenthümer seine Sache verschenken kann, eben so kann er dieselbe auf die vorausgesetzte Art, mithin bedingt an einen Dritten abtreten [2]. Es

---

[1]) Der Betrug gehört jedoch nur insofern zu jenen Verbrechen, deren Begriff durch die Einwilligung des Beschädigten aufgehoben wird, als er bloß das Eigenthum des Beschädigten betrifft. Ist aber der Betrug von der Art, daß durch denselben unmittelbar auch das Interesse des Staates angegriffen wird, so kann die Einwilligung des Beschädigten den Begriff des Verbrechens nicht aufheben; daher solche Fälle wieder zu der dritten der hier besprochenen Classen von Verbrechen gehören. Dieß wäre z. B. der Fall, wenn zwey streitende Parteyen den Vergleich dahin schließen, daß der Kläger die Klageforderung unter der Bedingung einbüßen wolle, wenn der Geklagte den Haupteid über den Umstand ablegt, daß er dem Kläger nichts schuldig sey. Sollte sich nun zeigen, der Geklagte habe falsch geschworen (§. 178 lit. a), so könnte sich derselbe auf die Einwilligung des Klägers zur Ablegung des Eides als Entschuldigungsgrund nicht berufen.

[2]) Es wird überhaupt durch die Einwilligung die Strafbarkeit nur dann aufgehoben, wenn hierbey nicht die Rechte eines Dritten verletzt werden. Auch darf nicht übersehen werden, daß in ähnlichen Fällen die Strafe nur denjenigen treffen kann, dem das Strafbare der That bekannt war. Wenn daher z. B. der A das dem B gehörige (für sich allein stehende) Haus auf Verlangen des Letzteren anzündet, und der B hierbey die Absicht hätte, durch die Brandlegung die Brandassecuranz zu betrügen, dem A aber diese Absicht

lassen sich aber noch andere gewöhnlichere Fälle denken, in welchen bey der vorhandenen Einwilligung des Beschädigten der Begriff des Betruges verschwindet. Man nehme z. B. an, daß A 100 fl. verloren, und solche der B gefunden habe. Das Finden, an sich, begründet noch nicht den Betrug (§§. 389 — 393 des a. b. G. B.), sondern erst dann, wenn der Finder das gefundene Geld geflissentlich verhehlet und sich zueignet (§. 180 lit. c). Wenn nun der A erfährt, B habe das Geld gefunden, und diesen, bevor er noch das Geld verhehlet und sich zugeeignet hat, ermächtiget, das Gefundene für sich zu behalten, so kann dann von einem Betruge keine Rede mehr seyn.

Bey den hier angeführten Fällen wird aber immer vorausgesetzt, daß das Verlangen oder das Einwilligen von einer solchen Person geschehe, von welcher es auf eine rechtsgültige Art geschehen kann[1]). Wenn daher z. B. ein Kind, ein Blödsinniger, ein Wahnsinniger, und überhaupt eine des Verstandesgebrauches beraubte Person die Einwilligung zur Wegnahme der ihr gehörigen Sache gibt, und dem Thäter bekannt ist, daß sich der Einwilligende in einem solchen Zustande befinde, in welchem eine ernste und wahre Einwilligung nicht vorausgesetzt werden kann, so wäre der Thäter von dem Verbrechen nicht zu entschuldigen, weil es ihm bekannt wor, daß die Einwilligung keine rechtsgültige, mithin so zu betrachten sey, als wenn sie gar nicht gegeben worden wäre. — In welchem Alter die Einwilligung eines Kindes gültig gegeben werden könne, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen. Am richtigsten dürfte die dießfällige Entscheidung seyn, wenn man zu deren Behufe in jedem einzelnen Falle die Einsicht und die Beurtheilungs-

---

immer bekannt war, so kann nur der B, nicht aber auch der A gestraft werden (§. 2 lit. g).

[1]) Grolman's Criminalrechts-Wissenschaft §. 26. Neuer Entwurf eines St. G. B. für Brasilien, in Mittermaier's Zeitschrift Bd. 1, S. 170. Stübel im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 9, S. 552. Feuerbach's Lehrbuch §. 35.

kraft des Einwilligenden, ohne Rücksicht auf sein Alter, prüfet, um hiernach schließen zu können, ob und in wiefern der Beschuldigte bey dem Beschädigten eine, auf reife Ueberlegung gegründete Einwilligung voraussetzen konnte [1]). Es wird aber nicht erfordert, daß diese Einwilligung, um den Thäter von dem Verbrechen zu entschuldigen, von einem bereits Großjährigen gegeben worden seyn müsse, weil wir keineswegs behaupten, daß diese Einwilligung den Einwilligenden mit Rücksicht auf das bürgerliche Recht verpflichte, sondern nur dafür halten, daß diese Einwilligung, wenn sie auf reifer Ueberlegung beruhet, den sich auf eine solche Einwilligung berufenden Thäter von der Criminalstrafe befreye. Deßhalb bleibt aber dem noch nicht Großjährigen, und überhaupt einem solchen Beschädigten, der mit seinem Vermögen frey zu schalten und zu walten nicht befugt ist (§. 865 u. a. m. des a. b. G. B.), das Recht vorbehalten, sein Eigenthum zurückzufordern. Uebrigens gilt die Einwilligung nur für den einzelnen bestimmten Fall und in Beziehung auf die bestimmte Sache, und darf daher auf andere Fälle und auf andere Sachen nicht ausgedehnt werden.

Dagegen gibt es wieder andere Verbrechen, deren Begriff durch das Verlangen oder die Einwilligung nicht verrücket wird. Hiernach bildet sich die zweyte Classe der Verbrechen. Dahin gehören jene Verbrechen, durch welche zwar zunächst

---

[1]) Man könnte glauben, daß der Einwilligende, wenn er einmahl das vierzehnte Jahr zurückgelegt hat, auch die Folgen der Einwilligung gehörig einsieht, mithin seine Einwilligung als eine ernste, wahre, und daher rechtsgültige zu betrachten sey, weil der §. 2 lit. d nach diesem Alter den Thäter für zurechnungsfähig erklärt, und eben deßhalb voraussetzt, daß der Einwilligende die Folgen seiner Handlung, mithin auch jene seiner Einwilligung einsieht. Allein wir dürfen nicht unbeachtet lassen, daß es viel leichter sey, die Strafbarkeit eines Verbrechens, als die Folgen einer Einwilligung einzusehen, durch welche der Minderjährige von seinem Eigenthume etwas vergibt; (s. meine Abhandlung im neuen Criminal-Archiv, Jahrgang 1834 S. 124).

nur Privatrechte verletzt werden, welche aber nicht das Eigenthum, sondern das Leben oder die Gesundheit der Einzelnen betreffen, und wo es daher der Staat wegen Erhaltung seiner, in mannigfaltiger Beziehung ihm nothwendigen Gesammtkräfte nicht zulassen kann[1]), durch Verzichtleistung des Beschädigten auf diese Rechte, den Thäter straflos zu lassen[2]). Auch begibt

[1]) Bey den das Eigenthum (Vermögen) betreffenden Verbrechen wird zwar der Eigenthümer seines Eigenthumes auch verlustig; allein die ihm entzogene Sache übergeht (mit Ausnahme der boshaften Beschädigung) doch wieder in den Besitz eines Anderen, und gehet daher wenigstens in der Regel für den Staat nicht verloren, was aber bey den sich auf das Leben und die Gesundheit der Staatsbürger beziehenden Verbrechen nicht der Fall ist, wie es von selbst einleuchtet.

[2]) Sehr richtig sagt Stübel (im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 9, S. 569) hinsichtlich der Veräußerung des Rechtes auf das Leben und die Integrität des Körpers: „Aus der Geringschätzung des eigenen Lebens entstehet eine Geringschätzung des Lebens Anderer, und die Nichtachtung des Rechtes Anderer auf das Leben. Es führen daher häufige Selbsttödtungen zu Mordthaten Anderer. Auf ähnliche Art hängt davon das Wohl des Staates ab, daß die Mitglieder desselben nicht als an Leib und Seele geschwächte, ungesunde oder verkrüppelte Menschen herumschleichen. Es sind solche Subjecte nicht nur zur Erfüllung ihrer Pflichten gegen den Staat und die Ihrigen mehr oder weniger unfähig, sondern bedürfen auch gewöhnlich der öffentlichen Unterstützung, und fallen dem Staate zur Last. Es ist nicht weniger ein frühzeitiger Tod damit verbunden, und dieser hat wieder die Folge, daß die Erziehung der Kinder und die Erhaltung der Familie solcher Menschen dem Staate aufgebürdet wird." — Hieraus ergibt sich von selbst, daß der Staat, der alle nachtheiligen Folgen, die aus einer That entspringen, zu berücksichtigen hat, manche, an und für sich richtige, Grundsätze modificiren muß, und solche nicht unbedingt zur Anwendung bringen kann. Unter diese Grundsätze gehöret auch der von Gros ausgesprochene: „Der Rechtsbegriff beziehe sich auf das Verhältniß der einen Person gegen die andere; daher könne der Mensch keine Rechte gegen sich selbst haben, sich nicht selbst Unrecht thun, und also auch nicht durch eine von ihm selbst gewollte Handlung Un-

sich bey solchen Verbrechen der Einwilligende seiner Menschenwürde, und setzet sich einem Sclaven gleich; und da der Staat nicht einmahl die Sclaverey, selbst wenn sie freywillig eingegangen wird, duldet (§. 16 des a. b. G. B.), so kann er um so weniger zugeben, daß der Staatsbürger, obschon mit seiner Zustimmung, von einem Dritten seines Lebens oder seiner Gesundheit beraubt werde, wobey man noch bemerken kann, daß die Rechte des Menschen auf sein Leben und seine Gesundheit nach dem Vernunftrechte zu den unveräußerlichen Rechten gehören [1]), auf welche der Mensch ohne Widerspruch mit der Vernunft nicht verzichten kann. Diese zuletzt bemerkten Gründe gelten auch in Beziehung auf jene Verbrechen, welche die bürgerliche Ehre in einem hohen Grade verletzen, da auch die dießfälligen Rechte unveräußerlich genannt werden können, und dem Staate daran liegt, das zu erhabenen Handlungen so nothwendige Ehrgefühl seiner Bürger aufrecht zu erhalten [2]).

Zu den Verbrechen der gedachten Art gehören: a) der

---

recht leiden" (Stübel a. a. O. S. 574). Dasselbe gilt rücksichtlich des bekannten Rechtssatzes: volenti non fit injuria, wenn man nicht behaupten will, daß auch derjenige, der ein nie begangenes Verbrechen eingestehet, auf Grund dieses Geständnisses zur Strafe verurtheilt werden müsse. Ueberhaupt bestreitet man gegenwärtig mit starken Gründen die Ansicht, daß die gedachten Grundsätze auf dem Gebiethe des Criminalrechtes unbedingt Anwendung finden (Hepp im neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. 11, S. 65 — 100 und 239 — 294.)

[1]) Zeiller's natürliches Privatrecht §. 39; Stübel im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. 9, S. 556; Hepp daselbst Bd. 11, S. 65 u. f.

[2]) Daher die Vorschrift des bayerischen St. G. B. Artikel 123, Abschnitt II. und Anmerkungen zu demselben S. 307: daß Handlungen, welche bloß auf Verlust des Eigenthumes (also nicht auch der Ehre) gerichtet sind, durch die von dem Beschädigten dazu ertheilte Erlaubniß unsträflich werden, und daß über seine Ehre Niemand verfügen könne.

Mord und dessen Arten (§§. 117 und 118 [1]); b) der Todtschlag (§. 123); c) die schwere Verwundung (§. 136); d) die Verleumdung (§. 188). — Man könnte geneigt seyn, zu glauben, daß es denn doch nur den Verleumdeten interessire, wenn ihn Jemand bey der Obrigkeit wegen eines erdichteten Verbrechens angibt, und daß daher die Einwilligung des Beleidigten zu der Verleumdung den Begriff der letzteren aufheben sollte. Allein, abgesehen von den schon oben gegen diese Ansicht angeführten Gründen, können noch folgende beygefügt werden: Der Gesetzgeber hat sehr klar den menschenfreundlichen Grundsatz ausgesprochen, daß eine wirksame Einwilligung in die Bestrafung ohne bestehende Schuld nicht Statt finde (§§. 279, 337, 399 und 400). Der Gesetzgeber kann daher ohne Widerspruch mit diesem Grundsatze nicht wieder auf der anderen Seite gestatten, daß die Bestrafung des Unschuldigen Statt finden könne, sobald dieser hierzu seine Einwilligung gibt; und diese Bestrafung könnte sehr leicht eintreten, wenn der Verleumder im Einverständnisse mit dem in die Verleumdung Einwilligenden seine falsche Anklage so begründet, daß sie von dem Gerichte für wahr, und daher das dem Einwilligenden fälschlich angeschuldete Verbrechen für erwiesen gehalten wird. Ein weiterer, fast noch wichtigerer Grund für diese Ansicht liegt in der Betrachtung, daß der Einwilligende, wenn er eines solchen Verbrechens, worauf die Todesstrafe festgesetzt ist, beschuldiget wird, und er das Verbrechen gegen sich eingestehet, sogar der Todesstrafe unterworfen werden könnte. Da aber die Tödtung

---

[1]) Auch die französischen Geschwornen haben einen gewissen Lefloh, der den Lieutenant Schmettau, auf dessen inständiges Bitten, und gegen Bezahlung einer bestimmten Summe Geldes erschossen, wegen des Verbrechens des Mordes zum Tode verurtheilt, d. h. das „Schuldig" über den Thäter ausgesprochen, ungeachtet der code pénal zur Entscheidung solcher Fälle keine bestimmten Vorschriften enthält (Hepp im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 11, S. 287). Ein Beweis, wie richtig der gesunde Menschenverstand über die Strafbarkeit mancher Verbrechen urtheilet.

eines Anderen, selbst mit dessen Einwilligung nach dem Gesetze nicht Statt findet, so könnte das Gesetz leicht dadurch umgangen werden, daß der Andere den in die Tödtung Einwilligenden zwar nicht unmittelbar selbst tödtet, wohl aber die gerichtliche Hinrichtung des Einwilligenden durch die Verleumdung bewirket. — Es könnte ferner auffallen, wie es komme, daß bey der Verleumdung die Einwilligung das Verbrechen nicht aufhebe, von der Beschränkung der persönlichen Freyheit (z. B. bey dem Menschenraube, §. 75) aber das Gegentheil behauptet wurde, da doch das Recht auf persönliche Freyheit eben so, wie jenes auf den guten Namen zu den angebornen (unveräußerlichen) Rechten gehören dürfte. Allein, abgesehen davon, daß jene Gründe, welche so eben in Beziehung auf die Verleumdung angeführt wurden, hinsichtlich der persönlichen Freyheit nicht eintreten, so ist andererseits bereits erinnert worden, daß in den Fällen der Beschränkung der persönlichen Freyheit nicht alle jene Merkmahle vorhanden sind, welche den Begriff dieses Verbrechens bilden („wider seinen Willen" heißt es z. B. in dem §. 75). Bey der Verleumdung wird dagegen durch die Einwilligung der Begriff dieses Verbrechens nicht aufgehoben, oder es kann diese Aufhebung nach der Absicht des Gesetzgebers, ohne diesen in einen Widerspruch mit sich selbst zu bringen, vernünftiger Weise wenigstens nicht angenommen werden.

Es gibt ferner Verbrechen, die vorzüglich in solchen Handlungen bestehen, welche die zur Erhaltung der allgemeinen Sicherheit eingeführte Ordnung stören, oder der Sittlichkeit und Religion einen besonderen Nachtheil bringen, und so die Grundfeste des Staates im hohen Grade erschüttern. Bey dieser Art Verbrechen wäre es demnach höchst gefährlich, wenn man die Sträflichkeit der verbrecherischen That dem Uebereinkommen der betreffenden Parteyen überlassen wollte, und der Staat hat daher sehr wichtige Gründe, einem solchen Uebereinkommen die Wirkung, daß durch das letztere der Thäter straflos bleibe, gänzlich zu benehmen. Hiernach ergibt sich die

dritte Classe von Verbrechen. Unter solche Verbrechen gehören: a) die Religionsstörung (§. 107); b) Schändung einer unmündigen Person (§. 112); c) Unzucht gegen die Natur (§. 113 Nr. I. [1]); d) Blutschande (§. 113 Nr. II.); e) Kuppeley (§. 115 Nr. I. und II.); f) einige Arten des Betruges, z. B. der Meineid; der Gebrauch falschen Maßes oder Gewichtes in einem öffentlichen Gewerbe; die Verfälschung einer öffentlichen Urkunde, oder einer durch öffentliche Anstalt eingeführten Bezeichnung mit Stämpel oder Probe (§. 178 lit. a, c, d); g) Zweykampf (§. 140); h) zweyfache Ehe (§. 185). Gesetzt daher, daß z. B. der eine Ehegatte dem Verlangen des anderen Ehegatten, sich mit einer dritten Person verehelichen zu dürfen, nachgeben würde, so wäre in diesem Nachgeben kein Grund vorhanden, jenen Ehegatten, der die zweyte Ehe eingehet, wegen dieses Verbrechens straflos zu lassen.

Zur vierten Classe können jene Verbrechen gezählet werden, bey welchen die Einwilligung des zunächst Beschädigten gar nicht möglich ist, oder bey welchen ein Beschädigter nicht eintritt, und daher von der Straflosigkeit des Thäters schon aus diesem Grunde keine Rede seyn kann. Dahin gehören: a) der Kindesmord (§. 122 [2]); b) Abtreibung der Leibesfrucht (§. 128); c) Weglegung eines Kindes (§. 133 [3]); d) einige Arten der Unzucht, z. B. die Bestialität (§. 113 Nr. I.).

---

[1]) Hier kann von einer Einwilligung nur insofern die Rede seyn, als sich Jemand zur Befriedigung der Wollust eines Dritten auf eine naturwidrige Art gebrauchen lassen würde.

[2]) Abgesehen von der Einwilligung des Beschädigten, gehöret dieses und die folgenden zwey Verbrechen unter jene der zweyten Classe.

[3]) Da der §. 133 ein solches Alter des Kindes voraussetzt, in welchem dasselbe zur Rettung seines Lebens sich selbst Hülfe zu verschaffen unvermögend ist, so wird angenommen, daß das Kind auch seine Einwilligung zu dessen Weglegung abzugeben noch nicht im Stande ist. Wenn es aber auch schon fähig wäre, sich dießfalls äußern zu können, so würde seine Einwilligung keine ernste, keine wahre, daher keine rechtsgültige seyn, und der Fall wäre dann

Zur fünften Classe endlich können solche Verbrechen gerechnet werden, bey welchen die Einwilligung entweder gar nicht, oder nur äußerst selten eintreten kann, und zur Giltigkeit derselben die Autorisirung durch den Landesfürsten, oder in seinem Namen durch die Behörden erfordert, und, wenn eine solche Einwilligung erfolget, der Begriff des Verbrechens aufgehoben wird. Dahin gehören: a) Hochverrath (§. 52). b) Aufstand und Aufruhr (§§. 61 und 66). c) Einige Fälle der öffentlichen Gewaltthätigkeit, z. B. jene des §. 70. d) Rückkehr eines Verwiesenen (§. 83). e) Mißbrauch der Amtsgewalt (§. 85). f) Verfälschung der öffentlichen Creditspapiere (§. 92 u. f.). g) Münzverfälschung (§. 103). h) Vorschubleistung (§§. 191, 193, 196 und 199). Es ist einleuchtend, daß zu den diese Verbrechen bildenden Handlungen Niemand eine Bewilligung erhalten werde, und daß, wenn dieß doch in einzelnen Fällen geschehen sollte (wie z. B., wenn der des Landes Verwiesene die Bewilligung zur Rückkehr erhalten würde, §. 83), von einem Verbrechen keine Rede seyn könnte.

Das Gesetz hat die Beschädigten oder Beleidigten durch die Benennungen: Uebelthäter, Unsinnige, Kinder, Schlafende, oder Personen, die ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen — nicht erschöpfend, sondern nur beyspielsweise aufgezählet, wie es von selbst einleuchtend ist. Den im §. 4 benannten Personen können daher noch folgende wegen ihrer besonderen Beschaffenheit beygezählet werden:

F. Betrunkene.

G. Ohnmächtige.

H. Personen von hohem Alter. Die Erfahrung weiset Fälle nach, daß bejahrte, ganz unbehülfliche und verarmte Personen oft denjenigen, welche für dieselben zu sorgen verpflichtet sind, zur Last fallen, und die Geschichte liefert auch die traurigen Beyspiele, daß solche Personen entweder, um von

---

aus jenem Gesichtspunkte zu beurtheilen, nach welchem die Einwilligung als nicht vorhanden angenommen werden müßte.

der gedachten Last befreyet zu werden, oder aber aus Mitleiden, um dem unbehülflichen und kummervollen Leben ein Ende zu machen, vorsätzlich getödtet wurden.

I. Kranke (den Tod Erwartende), zu welchen auch schwer Verwundete gehören. Hier kann der Thäter veranlaßt worden seyn, den Kranken oder schwer Verwundeten in der Absicht zu tödten, um sein Leiden zu enden.

K. Glaubensgenossen einer anderen Religion. Bisweilen gehet der Enthusiasmus für eine bestimmte Religion so weit, daß man auf jene Glaubensgenossen, die einer anderen Religion zugethan sind, mit Verachtung herabblicket, und deren Religionsgrundsätze für unheilbringend hält. Der Fanatismus kann so weit gehen, daß die eine Partey ihren Gegner um's Leben zu bringen, nicht viel Bedenken trägt, uud vielleicht in der Aufopferung dieses Lebens ein dem höchsten Wesen gefälliges Werk zu erblicken vermeint, woran der Geschichte nicht an Beyspielen fehlet. Die Triebfeder und die Endabsicht kann hier aber den Thäter nicht entschuldigen.

L. Fremde (einem anderen Staate Angehörige).

M. Des Landes Verwiesene.

N. Ehrlose (wenn dafür Jemand erkläret werden würde [1]).

O. Feinde während des Krieges. Man hat viel dafür und dagegen gestritten, ob derjenige, der zur Classe des Militärs nicht gehöret, und während des Krieges einen Feind tödtet, wegen des Verbrechens des Mordes zu bestrafen, oder ob die Tödtung nur als ein Polizeyvergehen zu behandeln sey. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die That als das Verbrechen des Mordes in dem Falle zu bestrafen sey, wenn die Tödtung in einer gewinnsüchtigen Absicht, z. B. um den Krieger

[1]) Grolman's Criminalrechts-Wissenschaft §. 21. — Daß der Stand und Charakter des Beschädigten die Strafbarkeit des Thäters nicht aufheben könne, ist noch einleuchtender.

seiner Kostbarkeiten zu berauben, unternommen würde; denn hier spricht für die Straflosigkeit gar kein Grund. Mehr Zweifel entstehet über die Bestrafung des Thäters als Mörders in dem Falle, wenn der Thäter die Tödtung bloß in der Meinung unternimmt, um sein Vaterland von einem Feinde zu befreyen, und wenn er daher wähnet, durch die Tödtung des Feindes etwas bürgerlich Verdienstliches unternommen zu haben [1]). Unstreitig sprechen hier für den Thäter wichtige Milderungsgründe, welche zur Begnadigung des Thäters oder zur Aenderung seiner Strafe Veranlassung geben können, jedoch nicht von der Art sind, daß sie den Begriff des Mordes aufzuheben vermöchten. Abgesehen von den (freylich nur aus der Politik entlehnten, doch aber rücksichtswürdigen) Gründen, daß durch die eigenmächtige Tödtung des feindlichen Kriegers die Wuth der fremden Kriegsmacht auf das Aeußerste gesteigert, und hiernach das Vaterland des Thäters einer großen

---

[1]) S. hierüber unseren vortrefflichen Rechtsgelehrten Pratobevera in s. Mater. Bd. 1, S. 274 _ 281, wo zugleich ein sich wirklich ereigneter, hierher gehöriger Rechtsfall erzählet wird, welcher bewähret, daß auch unsere Criminalgerichte die Tödtung eines feindlichen Soldaten für einen Mord erkläret, und auf die Todesstrafe erkannt haben, obschon letztere im Wege der Gnade in eine angemessene mehrjährige schwere Kerkerstrafe verwandelt wurde. — Aschenbrenner (im alten Archiv des Criminalrechtes Bd. 4, St. 1, S. 57) hält die Tödtung feindlicher Kriegsleute nicht nur für kein Verbrechen, sondern scheint sich sogar dafür auszusprechen, daß eine solche Tödtung in rechtlicher Hinsicht nichts Unerlaubtes darstelle. S. aber dagegen Becke und Mittermaier im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. 1, S. 399 _ 432. Hält man an dem richtigen Grundsatze fest, daß die eigentliche Triebfeder zur That und die Endabsicht bey der Unternehmung von dem Verbrechen nicht entschuldigen könne, so wird man Aschenbrenner's Ansicht auch nicht beytreten können; sonst müßte man auch den Diebstahl, Raub u. s. f. für straflos erklären, sobald sich der Thäter damit entschuldiget, daß er diese, an dem Feinde des Vaterlandes verübten Thaten für erlaubt, für verdienstlich gehalten habe.

Gefahr (der Verheerung, Plünderung und selbst der Aufopferung des Lebens vieler seiner Mitbürger) ausgesetzt wird, so war der zur Civilparten gehörige Thäter zu der Tödtung nicht berufen. Dieß wußte der Thäter, und mußte daher auch wissen, daß er eine Handlung unternimmt, deren Unternehmung ihm nicht zustehet. Er kann daher die Unwissenheit des Gesetzes und den Umstand, daß er etwas Verdienstliches zu unternehmen glaubte, eben so wenig vorschützen, als derjenige, der aus bloßem Mitleiden einen dem Tode nahen Menschen, um seine Leiden zu enden, tödtet, und ebenfalls meint, hierdurch nicht gefehlt zu haben. Man muß aber jene Fälle unterscheiden, welche für die Civilparten den Zustand einer wahren Nothwehr begründen, und wo daher jede Zurechnung der That zur Strafe aufhört (§. 127). Es bricht z. B. der Feind über die Gränze herein, und drohet, die von ihm besetzte Stadt in Asche zu legen, wenn ihm nicht auf der Stelle Lieferungen gemacht werden. Der Magistrat verstehet sich dazu, und ordnet sie an; indessen bewaffnen sich die Bürger, und sind so glücklich, die Feinde zu verjagen. In diesem Falle könnten wohl die Bürger, von deren Hand feindliche Soldaten getödtet wurden, nicht als Mörder bestrafet werden. Man könnte hier auch den Ungehorsam der Bürger gegen den Magistrat nicht strafen, weil der Magistrat selbst nur aus einem unwiderstehlichen (psychologischen) Zwange zur Anordnung der Lieferung veranlaßt war, und daher weder frey, noch im Namen seines Regenten gehandelt hat [1]).

P. Befehlende. Das Gesetz spricht zwar nur von solchen Personen, welche ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen, nicht aber von solchen, welche zur Stiftung ihres Schadens den Befehl geben. Nichts destoweniger wird z. B. der Untergebene als Verbrecher zu bestrafen seyn, wenn er auf Befehl seines Oberen diesen ermordet, weil

---

[1]) Becke und Mittermaier im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 1., S. 423.

der bloße Befehl, insofern sich demselben nicht ein unwiderstehlicher Zwang zugesellet, die Zurechnungsfähigkeit nicht aufhebt (§. 2 lit. c[1]).

Q. Gemeinden. Es ist einleuchtend, daß nicht bloß an den einzelnen Personen, sondern auch an Personengemeinheiten Verbrechen verübet werden können, z. B. Diebstahl an den einem Kloster gehörigen Sachen.

2.) Das Gesetz spricht von Personen, die ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen. Hieraus folgt, daß, wenn einmahl das Verbrechen ohne dieses Verlangen oder Einwilligen verübet wurde, das Verbrechen selbst in jenen Fällen, in welchen es sonst durch dieses Verlangen oder Einwilligen, Verbrechen zu seyn aufhört, nicht mehr als aufgehoben angesehen werden könne, wenn auch der Beschädigte die That nach deren Ausführung billiget und genehmiget; denn dieses Billigen und Genehmigen ist keine Einwilligung, indem letztere voraussetzet, daß das Einverständniß des Beschädigten zur Begehung der That, noch bevor diese verübet wird, hinzutritt, was aber bey der Genehmigung einer

---

[1]) Zweifelhafter bleibt es aber, wenn der Untergebene in einem solchen Unterwerfungsverhältnisse zu seinem Oberen stehet, daß dieser über jenen eine unbeschränkte Macht besitzet. Nach der biblischen Geschichte (Buch der Richter, Cap. 9, V. 53 und 54) wurde der König Abimelech in einem Kriege von einem Weibe mit einem Steine lebensgefährlich verwundet, und damit man von ihm nicht sagen könne, er sey durch ein Weib umgekommen, befahl er seinem Waffenträger, ihn mit dem Schwerte zu durchbohren, welchen Befehl der Waffenträger auch vollzogen hat. In ähnlichen Fällen kann die Furcht vor jenen Uebeln, die dem Untergebenen auf den Fall der Nichtbefolgung des Befehles bevorstehen, und von dem Oberen unbeschränkt zugefügt werden können, auf den Untergebenen leicht so mächtig wirken, daß der Befehl zugleich einen unwiderstehlichen psychologischen Zwang, und daher die Straflosigkeit des Thäters bewirket. Dasselbe gilt, wenn der Befehl die Verübung eines Verbrechens an einem Dritten (außer dem Oberen) zum Gegenstande hat.

schon geschehenen That nicht der Fall ist. Den Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht liefert uns der Wortlaut des §. 4, welcher nur vom Verlangen oder Einwilligen, keineswegs aber auch vom Genehmigen einer bereits geschehenen That spricht; ferner die Vorschriften der §§. 215 und 226, nach welchen die Verbrechen von Amtswegen zu untersuchen sind, mithin eine Ausgleichung über ein verübtes Verbrechen nicht Statt findet; noch mehr aber die Vorschrift des §. 167, nach welcher der Diebstahl und die Veruntreuung Verbrechen zu seyn aufhören, wenn der Thäter, bevor die Obrigkeit sein Verschulden erfährt, den ganzen aus seiner That entspringenden Schaden wieder gut macht. Diese Vorschrift darf auf andere Verbrechen nicht ausgedehnt werden, viel weniger also dann Statt finden, wenn der Beschädigte das begangene Verbrechen nur billiget und genehmiget, ohne daß der daraus entspringende Schade wieder gut gemacht worden ist. — Warum hebt aber die nachfolgende Genehmigung nicht eben so den Begriff des Verbrechens auf, als die vorhergehende Einwilligung? Ist es denn nicht einerley, ob der Beschädigte zu dem Verbrechen einwilliget, oder solches erst nachträglich genehmiget, da er in beyden Fällen mit Begehung der That sich zufrieden stellet? Ein sehr würdiger Rechtsgelehrter[1]) bejahet dieses, indem er sagt: „die Einwilligung des Betheiligten schließt bey veräußerlichen Rechten den Begriff einer Rechtsverletzung aus und daß die nachfolgende Einwilligung eben so viel als die vorhergegangene wirket, ist eine bekannte und unabänderliche Rechtswahrheit. Die zwey unerschütterlichen Rechtsaxiome: volenti non fit injuria, und: consensus subsequens aequiparatur antecedenti, finden gleiche Anwendung." — Wir können diese Ansicht nicht theilen. Es wurde schon oben gezeigt, daß die bloße Genehmigung keine Einwilligung sey. Dann ist es keineswegs wahr, daß es einerley sey, die That zu verlangen oder zu derselben einwilligen, und die bereits verübte That zu ge-

---

[1]) Gönner im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 7, S. 482.

nehmigen. Wenn der Beschädigte die That selbst verlanget oder zu derselben einwilliget, so hat ja der Thäter einen wichtigen Grund mehr für sich, die That zu begehen, und sich später auf das Verlangen oder Einwilligen des Beschädigten als einen Milderungsumstand zu berufen; der Thäter handelt für keinen Fall ganz eigenmächtig, und ist daher weniger strafbar, als wenn er die That ohne vorhergegangenes Verlangen oder Einwilligen unternimmt, mithin eigenmächtig handelt, in welchem Falle das nachfolgende Genehmigen der That keinen Milderungsgrund für den Thäter bilden kann. Hierin liegt wohl der Grund, warum nach unserem Strafgesetze die Genehmigung der geschehenen That in jenen Fällen, in welchen nach der vorhergehenden Erörterung sonst die Einwilligung den Begriff des Verbrechens aufhebt, diese Aufhebung nicht bewirken kann.

3.) Es wird aber nicht gefordert, daß das Verlangen des Schadens oder die Einwilligung zu demselben immer ausdrücklich geschehen müsse[1]). Genug, wenn der Beschädigte ein solches Benehmen zu erkennen gibt, aus welchem das Verlangen oder Einwilligen auf eine unzweifelbare Art gefolgert werden kann. Wenn der tödtlich Verwundete, von den heftigsten Schmerzen ergriffen, sprachlos daliegt, gegen den bey ihm Stehenden die Hände emporhebt, auf den neben ihm liegenden

---

[1]) Selbst wenn das Verlangen oder Einwilligen ausdrücklich geschieht, so muß man doch immer darauf sehen, ob es damit dem Beschädigten auch wirklich Ernst sey. Nicht selten ist dieses Verlangen oder Einwilligen nur eine Folge des aufgereizten Gemüthes und des augenblicklichen Unmuthes, ohne daß der Verlangende an die Begehung der That im Ernste auch nur denket, und wo daher von dem aus diesem Verlangen herzuleitenden Entschuldigungsgrunde des Thäters keine Rede seyn kann, wie z. B. wenn ein Hauseigenthümer, der mit seinen Wohnparteyen fortwährend in Zwistigkeiten lebt, in dem Augenblicke, wo sein Gemüth aufs Aeußerste gereizt wird, das Verlangen nach dem Anzünden seines Hauses ausspricht.

Dolch hindeutet, diesen nimmt, dessen Spitze gegen sich kehret, aus Schwäche aber sich selbst vollends zu tödten, unvermögend ist; sodann den Dolch dem Anderen hinreichet, und durch seine Geberden offenbar zu erkennen gibt, daß er von dem Anderen getödtet seyn wolle; so wird man an dem Verlangen des Verwundeten, sein Leben durch den Dritten geendiget zu wissen, nicht zweifeln können[1]). Oder wenn A von dem B dessen goldenen Ring verlanget, dieser den Ring von dem Finger herabnimmt, solchen auf den Tisch legt und nun dem A durch Kopfnicken und andere Zeichen und Geberden zu verstehen gibt, daß er den Ring nehmen soll; so wird Niemand zweifeln, daß B zur Hinwegnahme des Ringes eingewilliget habe.

4.) Inwiefern macht sich aber der Thäter eines Verbrechens schuldig, wenn derjenige, der den Schaden verlanget oder zu demselben einwilliget, das Verlangen oder Einwilligen, noch bevor der Thäter die That unternimmt, widerrufet? — Hinsichtlich jener Verbrechen, deren Begriff durch das Verlangen oder Einwilligen nicht aufgehoben wird, ist diese Frage von keiner besonderen Wichtigkeit. Hier kann man nur so viel behaupten, daß der Thäter, sobald der Widerruf bey Zeiten geschieht, und er doch die That unternimmt, strafbarer ist, als wenn dieser Widerruf gar nicht geschehen wäre, weil der Thäter im ersten Falle gegen, im letzten aber nur mit Willen des Beschädigten handelt, sofort dort strafbarer erscheint, als hier. — Wichtiger ist dagegen die gedachte Frage hinsichtlich jener Verbrechen, deren Begriff durch das Verlangen oder Einwilligen aufgehoben wird, weil von der Entscheidung dieser Frage die Bestrafung oder die gänzliche Straflosigkeit des Thäters abhängt. Wir verhehlen es nicht, daß die richtige Beantwortung dieser

---

[1]) Die von dem Dritten unternommene Tödtung begründet zwar nach den vorgetragenen Grundsätzen nicht dessen Straflosigkeit, wohl aber kann nach eben diesen Grundsätzen eine Begnadigung des Thäters oder doch eine Strafmilderung Statt finden.

Frage mit Schwierigkeiten verbunden ist, wollen aber dennoch hierüber unsere Ansichten zur Weckung der Denkkraft Anderer mittheilen. So viel ist unzweifelbar richtig, daß, wenn A dem B die Bewilligung gibt, eine ihm (A) gehörige Sache zu nehmen, und bevor letzteres geschieht, die Einwilligung widerruft, der B, wenn er die Sache ungeachtet des Widerrufes nimmt, nicht als Dieb bestrafet werden könne, weil er durch die mit dem A getroffene Uebereinkunft, die Sache nehmen zu dürfen, kraft des hierdurch begründeten mündlichen (Schenkungs-) Vertrages ein Recht auf die Sache erworben hat, und daher A nicht mehr berechtiget ist, die aus dem Vertrage sich für ihn ergebende Verpflichtung durch den Widerruf aufzuheben. Selbst wenn man nicht geneigt wäre, die Bewilligung des A als einen förmlichen Vertrag anzusehen, so ist doch so viel gewiß, daß der B in dem festen Glauben ist, daß es dem A nicht mehr zustehe, ein ihm (B) eingeräumtes Recht zu widerrufen, und daß daher, wenn der B die Sache doch gegen den Willen des A nimmt, diese That, da der böse Vorsatz, zu stehlen, hinwegfällt, nur als eine eigenmächtige Rechtsdurchsetzung der Verantwortung unterliegt, als Diebstahl aber nicht bestrafet werden kann. — Setzen wir dagegen voraus, daß A von dem B verlanget, dieser solle das dem A gehörige Haus anzünden, und daß A, bevor der B die Brandlegung unternimmt, gegen die letztere protestiret. Wenn nun B ungeachtet dieser Protestation das Feuer an dem Hause des A anlegt, so müßte derselbe nach unserem Dafürhalten als Verbrecher (Brandleger) bestrafet werden. Das Gefühl sträubet sich, wenn man in diesem Falle die Straflosigkeit des Thäters aussprechen wollte; da aber das Gefühl oft irre leitet (und überhaupt nie das Gefühl, sondern nur der Verstand das Wahre von dem Falschen unterscheiden kann), und die beyden gegebenen Fälle insofern eine Aehnlichkeit haben, als sich beyde auf das Privateigenthum beziehen, so müssen die Gründe für die ungleiche Behandlung dieser Fälle näher entwickelt werden, und dürften folgende seyn: Das Verlangen des A in dem letzten Falle ist auf die Brand-

legung seines Hauses, mithin auf etwas Unerlaubtes gerichtet; denn es ist schon nach der Tugendlehre verbothen, sein Eigenthum boshafterweise zu vernichten, indem man solches, wenn es auch der Eigenthümer für seine Person leicht entbehren kann, zur Unterstützung der leidenden Menschheit verwenden soll. Auf etwas Unerlaubtes (pactum oder doch factum turpe) kann aber der B kein Recht erwerben (§. 878 des a. b. G. B.), und eben so wenig kann aus dem Verlangen des A eine Verpflichtung für denselben entstehen, sondern er kann (und soll nach den Grundsätzen der Moral) ein solches verwerfliches Verlangen in jedem Augenblicke widerrufen, und der B muß einsehen, daß dieser Widerruf eine Folge der geänderten, edleren Gesinnung, der reiferen, vernünftigen Ueberlegung sey, und daß er daher, wenn er nicht mit seiner eigenen Vernunft in einen Widerspruch gerathen will, verpflichtet sey, den Widerruf gelten zu lassen. Der B sieht ein, daß durch die Brandlegung dem gemeinen Wesen ein Gut entzogen wird, und daß ihm aus dieser Brandlegung kein Vortheil zugehet. Man kann daher nicht sagen, daß er hier — eben so wie in dem ersten Falle — in dem festen Glauben sey, daß er zu der Brandlegung ungeachtet des Widerrufes ein Recht habe [1]), und daß daher seine Handlung nur eine eigenmächtige Rechtsdurchsetzung begründe, sondern man wird ganz richtig sagen: der B habe wider den Willen des A die Brandlegung unternommen, und sey als Brandleger strafbar. In dem ersten Falle wird man aber den B auch schon nach dem gemeinen Sprachgebrauche keinen Dieb nennen, sondern ganz richtig sagen: Es sey in jeder Hinsicht etwas Erlaubtes, wenn A dem B die Bewilligung gab, die Sache des ersteren zu nehmen; daß hiernach B ein Recht auf die Sache

---

[1]) Daher wird der B im ersten Falle immer als Kläger gegen den A auftreten, und von ihm die Sache fordern können. Niemanden wird es aber beyfallen, zu behaupten, daß der B auch im zweyten Falle als Kläger auftreten, und fordern könne, der A. soll mit Zwang verhalten werden, sein Haus anzünden zu lassen.

erlangte, und A nicht berechtiget war, seine rechtsgültig gegebene Bewilligung zu widerrufen, und daß B nur darin fehlte, daß er sein Recht nicht in dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege, sondern eigenmächtig geltend gemacht habe, worin aber noch kein Verbrechen liegt. — Aus diesen Erörterungen ergibt sich nun der Grundsatz: daß der Widerruf des Verlangens oder der Einwilligung den Thäter von der Strafe nicht befreye, wenn das Verlangen oder Einwilligen etwas, an und für sich betrachtet, Verwerfliches und Unerlaubtes zum Gegenstande hat, und daß ein solches Verlangen oder Einwilligen, da es auf dem Gebiete der Moral verwerflich erscheint, den Thäter auf dem Gebiete des Criminalrechtes nur so lange von der Strafe befreye, als der andere Theil das Verlangen oder Einwilligen nicht widerruft, was er nach Belieben zu jeder Zeit zu thun berechtiget ist. — Was nun rücksichtlich der Brandlegung behauptet wurde, das gilt (unter Festhaltung des eben aufgestellten Grundsatzes) auch in anderen ähnlichen Fällen, wie z. B. wenn B von dem A die Bewilligung erhält, die dem letzteren gehörigen Pferde zu vergiften (§. 57), oder den A der persönlichen Freyheit zu berauben, und ihn in einem unterirdischen Gewölbe verschlossen zu halten (§. 78), und wenn A diese Bewilligung, noch bevor der B die That unternimmt, widerruft. Selbst wenn A in dem letzten Falle seiner Freyheit auf die gedachte Art bereits beraubet wurde, und nun während der Dauer dieser Beraubung seine Einwilligung widerruft, macht sich der Thäter, wenn er den A ungeachtet dieses Widerrufes verschlossen hält, des Verbrechens schuldig, weil von dem Zeitpunkte des geschehenen Widerrufes das Verschließen des A als ein eigenmächtiges sich darstellet, mithin die das Verbrechen bildenden Merkmahle nach dem Wortlaute des §. 78 vorhanden sind. — Es wurde bereits oben gezeigt, daß das Verlangen oder Einwilligen keineswegs immer ausdrücklich geschehen müsse, sondern daß beydes auch aus dem Benehmen des Beschädigten gefolgert werden könne. Dasselbe gilt auch von dem Widerrufe, und wenn A in dem zuletzt angeführten Fall

versucht, gewaltsam aus dem Gefängnisse zu entkommen, so ist schon in dieser Handlung der Widerruf, wenn er auch nicht ausdrücklich (durch Worte) geschehen wäre, in der Art begriffen, daß er eben dieselbe Wirkung hat, wie der ausdrückliche Widerruf.

Am Schlusse dieser Abhandlung fügen wir noch folgende Bemerkung bey. Daß an Uebelthätern, Unsinnigen, Kindern und Schlafenden Verbrechen begangen werden können — dieß dürfte wohl Niemand bezweifeln, und was daher in dieser Beziehung das Gesetz sagt, versteht sich von selbst. Dagegen sind aber die Personen, wie es bereits aus unserer Erörterung erhellet, nicht vollständig aufgezählt, und daher selbst die mehr zweifelhaften Fälle übergangen (z. B. ob auch an einem feindlichen Krieger Verbrechen begangen werden können). Die gesetzliche Bestimmung: daß Verbrechen auch an solchen Personen begangen werden, die ihren Schaden selbst verlangen, oder zu demselben einwilligen, bedarf in der Anwendung, wie es unsere Erörterungen ebenfalls bewähren, so vieler Unterschiede und Beschränkungen, daß es nicht thunlich ist, diese Unterschiede und Beschränkungen in einer gesetzlichen Norm aufzufassen, ohne sich in eine schädliche Casuistik zu verlieren. — Es scheint daher, daß die Strafgesetzgebung durch die Uebergehung einer, dem §. 4 ähnlichen Bestimmung, an Vollständigkeit nichts verlieren würde. — Das preußische Landrecht enthält keine ähnlichen Bestimmungen; nur in Ansehung der Einwilligung in die Tödtung setzet dasselbe im §. 834 fest, daß den Thäter nicht (wie in anderen Fällen des Mordes) die Todes-, sondern nur die Freyheitsstrafe treffen soll, und diese gesetzliche Bestimmung war aus dem Grunde nothwendig, weil der Gesetzgeber die mit Einwilligung des Beschädigten vollbrachte Tödtung gelinder strafen wollte. — Das bayerische Strafgesetzbuch, Artikel 123, und der Entwurf eines Strafgesetzbuches für Bayern vom Jahre 1831, Artikel 93, können nicht als Muster für die in Frage stehende Bestimmung angenommen

werden. Der Wortlaut des Artikel 123 wurde bereits angeführt, und mit demselben stimmet im Wesentlichen auch der Artikel 93 des Entwurfes überein, in welchem es heißt: „Durch die vom Beschädigten ertheilte stillschweigende oder ausdrückliche Erlaubniß wird eine unter Strafe verbothene Handlung nur in denjenigen Fällen straflos, wo dieselbe, sofern dabey keine Gemeingefährlichkeit eintritt, auf Entziehung oder Beschädigung des Eigenthumes gerichtet ist." — Nach diesem buchstäblichen Wortlaute wäre also der A, wenn er den B mit dessen Erlaubniß durch Einen Tag eingesperret hält, in Gemäßheit des Artikel 266 eines Verbrechens schuldig, weil diese Erlaubniß nicht auf Entziehung oder Beschädigung des Eigenthumes gerichtet ist. Man wird zwar dagegen einwenden, daß der Artikel 266 ausdrücklich fordert, daß die Einsperrung wider Willen des Eingesperrten geschehen, mithin der eben gegebene Fall, bey dem Abgange des Merkmahles „wider Willen" straflos bleiben müsse. Allein, es liegt ja überhaupt auch im Begriffe der Entziehung oder Beschädigung des Eigenthumes (z. B. bey dem Diebstahle nach Artikel 304 u. m. a.), daß diese Entziehung oder Beschädigung gegen den Willen des Beschädigten Statt finden müsse; und was daher der Artikel 93 in Beziehung auf das Eigenthum bestimmt, das versteht sich von selbst. Ueberdieß kommt es ja darauf an, ob der Beschädigte die Erlaubniß rechtsgültig geben kann, und wollte man den in diesem Artikel aufgestellten Begriff durch das Merkmahl „rechtsgültige" (Erlaubniß) beschränken, so würden neue Zweifel darüber entstehen, wann die Erlaubniß als eine rechtsgültige anzusehen sey, und unsere Erörterungen liefern den Beweis, daß man diese Rechtsgültigkeit nicht nach den Civilgesetzen beurtheilen dürfe, woraus folgt, daß der Gesetzgeber in dem Strafcoder noch insbesondere erklären müßte, was unter einer rechtsgültigen Erlaubniß zu verstehen sey, welche Erklärung aber ohne vielfältige (und doch nicht zu erschöpfende) Unter-

scheidungen und Beschränkungen zu geben kaum möglich seyn dürfte, es wäre denn, daß der Gesetzgeber den Begriff der Rechtsgültigkeit ganz positiv auffassen, und daher die letztere an ein bestimmtes Alter, eben so wie die Zurechnungsfähigkeit bey Verbrechen nämlich, (daß der Thäter erst nach Zurücklegung eines bestimmten Alters criminell zu behandeln sey) knüpfen wollte.

XL.

Ob zum Begriffe einer Schenkung auf den Todesfall die Annahme des Beschenkten erforderlich sey, folglich dieselbe immer die Gestalt eines zwischen dem Schenkenden und dem Beschenkten geschlossenen Vertrages haben müsse?

Vom

Herrn Dr. Thomas Dolliner,

k. k. wirkl. Hofrathe.

---

1. Herr Hofrath v. Zeiller[1]) erklärt sich über diese Frage zwar nicht ausdrücklich; doch ist aus den von ihm gegebenen Beyspielen leicht zu ersehen, daß er bey einer Schenkung auf den Todesfall die Annahme des Beschenkten nicht für wesentlich halte. Ihm folgt Regierungsrath v. Scheidlein[2]). Herr Professor v. Gapp[3]) meint, daß die Annahme des Beschenkten zwar zum Begriffe einer Schenkung auf den Todesfall, aber nicht zur Wirksamkeit des Actes gehöre, der verbunden mit der Annahme eine Schenkung auf den Todesfall seyn würde, und läßt diesen Act, den er ohne

---

[1]) Commentar des a. b. G. B., III. Bd., erste Abtheilung, Seite 184—188.

[2]) Handbuch des österreichischen Privatrechts, II. Theil, zum §. 956, S. 399.

[3]) Abhandlung über die Schenkung auf den Todesfall in Wagner's Zeitschrift vom Jahre 1827, VII. Heft, Nr. XXVI., S. 30—48.

Annahme von Seite des Beschenkten nicht für eine Schenkung auf den Todesfall erkennt, wenigstens als ein Vermächtniß gelten, wenn dabey die zu einem Vermächtnisse erforderlichen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. Appellationsrath Nippel[1]) berührt die aufgestellte Frage nicht insbesondere; aber aus mehreren seiner Behauptungen läßt sich schließen, daß er der Meinung zugethan sey: die Schenkung auf den Todesfall müsse auf einem Vertrage beruhen, und von dem Beschenkten angenommen seyn. Herr Regierungsrath Winiwarter[2]) bekennt sich ausdrücklich und so strenge zu dieser Meinung, daß er eine Schenkung auf den Todesfall ohne Annahme des Beschenkten nicht einmahl als Vermächtniß gelten lassen will. Da die richtige Beantwortung der streitigen Frage wichtigen Einfluß auf die Entscheidung anderer, die Schenkungen auf den Todesfall betreffenden, Rechtsfragen nimmt, so dürfte es kein zweckloses Unternehmen seyn, gedachte Frage etwas genauer und umständlicher, als es bisher geschehen ist, zu erörtern. Mir scheinen erhebliche Gründe für die verneinende Meinung zu streiten. Ich räume zwar gern ein, daß die Schenkung auf den Todesfall schon bey Lebzeiten des Schenkers von dem Beschenkten angenommen seyn und in der Gestalt eines Vertrages erscheinen kann; ich kann mich jedoch nicht überzeugen, daß dieses zum Wesen einer Schenkung auf den Todesfall nach dem österreichischen Rechte gehöre, und daß dieselbe, wenn ihr die Annahme fehlt, gar nicht als Schenkung zu betrachten, ganz wirkungslos, und nicht einmahl als Vermächtniß gültig sey.

2. Niemand wird in Abrede stellen, daß in dem a. b. G. B. viele Wörter vorkommen, die bald in einem engern, bald in einem weitern Sinne genommen werden müssen z. B. Aeltern, Kinder, Pflegebefohlene, Vormundschaft, Besitzer, Capital, Ehe-Pacte, Schadenersatz, Zinsen, Verjährung ꝛc.

---

[1]) Erläuterung des a. b. G. B., VI. Bd., S. 254 — 258.

[2]) Das österr. bürgerl. Recht, IV. Thl., §§. 89 — 94, S. 137 — 145.

Erst aus dem Zusammenhange der Rede, aus der Absicht des Gesetzgebers, oder aus verwandten Gesetzesstellen läßt es sich bestimmen, ob einem solchen Worte der engere oder der weitere Sinn beyzulegen sey. Warum sollte man nicht annehmen dürfen, daß auch das Wort: Schenkung im b. G. B. nicht immer eine gleichweit reichende Bedeutung habe? In dem §. 938 wird die Schenkung für einen Vertrag erklärt, wodurch eine Sache Jemanden unentgeltlich überlassen wird. Dieser engere Begriff wird auch in den folgenden Paragraphen desselben Hauptstückes bis §. 955 einschließlich festgehalten; aber im §. 956, worin die Bestimmungen über eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, d. i. über die sogenannte Schenkung auf den Todesfall vorkommen, scheint dem Worte Schenkung eine weiter gehende Bedeutung beygelegt worden zu seyn, so daß zu einer Schenkung auf den Todesfall nicht schlechterdings ein auf diesen Fall geschlossener Schenkungsvertrag erfordert werde, sondern dazu auch ein von keiner Annahme begleitetes Versprechen der unentgeltlichen Ueberlassung einer Sache, die einseitige Zusicherung der wohlthätigen Zuwendung eines Vortheiles, die nicht angenommene Zusage einer Handlung der bloßen Freygebigkeit hinreiche. Schon nach dem römischen Rechte hat die Donatio sowohl eine engere, als eine weitere Bedeutung. In der erstern ist sie eine conventio de dominio rei in alterum gratis et nullo jure cogente transferendo; in der weitern aber liberalitas quaecunque in alterum collata [1]). Daß auch in unserem b. G. B. der Schenkung auf den Todesfall ein über die Gränzen der im §. 938 aufgestellten Definition erweiterter Begriff zum Grunde liege, dürfte aus nachstehenden Betrachtungen ersichtlich werden.

3. Schon die Stellung des §. 956 deutet an, daß es nicht nöthig sey, mit der in diesem Paragraphe normirten Schenkung auf den Todesfall immer den im §. 938 gegebenen

---

1) Haimberger, Jus Rom. privatum T. IV., §. 547, pag. 180

Begriff eines Schenkungsvertrages in Verbindung zu setzen. Denn der §. 956 ist der letzte Paragraph des von Schenkungen handelnden Hauptstückes. Nun ist es aber in unserem b. G. B. etwas Gewöhnliches, daß am Ende eines Hauptstückes ein Gegenstand berührt wird, der zwar eine Aehnlichkeit oder Verwandtschaft mit dem im nämlichen Hauptstücke ausführlich behandelten Hauptgegenstande hat; dem es aber doch an einem oder dem andern wesentlichen Merkmahle des Hauptgegenstandes gebricht. So ist in der ersten Abtheilung des zweyten Theiles gegen das Ende des Hauptstückes von der Erwerbung des Eigenthumes durch Zueignung, im §. 402 die Rede von der Beute und von den zurückerbeuteten Sachen; im letzten §. 471 des Hauptstückes von dem Pfandrechte geschieht Meldung von dem Retentions-Rechte; eben so macht im Hauptstücke von den Dienstbarkeiten der letzte §. 530 Erwähnung von beständigen jährlichen Renten, welche eine Aehnlichkeit mit persönlichen Servituten haben. Das nämliche Verfahren ist in den Hauptstücken 9, 10, 11, 13 und 14 beobachtet, wo in den letzten Paragraphen derselben: 602, 603, 646, 691, 761 und 796, Gegenstände zur Sprache gebracht werden, die zwar dem Hauptgegenstande des Hauptstückes einigermaßen ähnlich, jedoch nicht so beschaffen sind, daß der Begriff, den das Gesetz über den letztern aufstellt, auch auf die erstern angewendet werden könnte. Es entsteht also schon aus dieser in unserem b. G. B. beobachteten Methode eine Wahrscheinlichkeit, daß auch auf die in dem letzten §. 956 von Schenkungen vorkommende Schenkung auf den Todesfall der in dem ersten §. 938 eben desselben Hauptstückes gegebene Begriff einer Schenkung keine strenge Anwendung leiden dürfte.

4. Diese Wahrscheinlichkeit wird durch die Einrichtung der zweyten Abtheilung des ersten Theiles des b. G. B. sehr vermehrt. Hier geht schon aus den Ueberschriften der einzelnen Hauptstücke ein Beweis hervor, daß die im §. 956 normirte Schenkung auf den Todesfall keine Schenkung im Sinne

des §. 938, das ist, kein Vertrag zu seyn brauche. Alle Hauptstücke dieser Abtheilung, das achtzehnte und zwey und zwanzigste ausgenommen, tragen in ihrer Ueberschrift die Worte: Verträge, Vertrag oder Pacte, nur mit der gehörigen Nebenbezeichnung, zur Schau. Die Ueberschrift des zwey und zwanzigsten Hauptstückes aber lautet nicht: von dem Bevollmächtigungsvertrage, sondern nur: von der Bevollmächtigung; gewiß aus keiner andern Ursache, als weil darin (§§. 1034 und 1035) auch gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigungen angeführt werden, die man nicht zu den Verträgen rechnen kann. Auch das achtzehnte Hauptstück ist nicht überschrieben: von dem Schenkungsvertrage, sondern bloß: von Schenkungen. Soll man daraus nicht berechtiget seyn, zu schließen, daß hier ein gleicher Grund eintrete, und eine allgemeiner lautende Ueberschrift deßwegen gewählt wurde, weil die am Ende dieses Hauptstückes behandelte Schenkung auf den Todesfall nicht nothwendig ein Schenkungsvertrag ist? So wenig also aus dem Inhalte des §. 1002, des ersten im Hauptstücke von der Bevollmächtigung, wo gesagt wird: „Der Vertrag, wodurch Jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag" sich die Folgerung ziehen läßt, daß auch die in den §§. 1034 und 1035 erwähnte gerichtliche oder gesetzliche Bevollmächtigung ein Vertrag seyn müsse; eben so wenig kann aus den im ersten Paragraphe nämlich 938 des Hauptstückes von den Schenkungen vorkommenden Worten: „Ein Vertrag, wodurch eine Sache Jemandem unentgeltlich überlassen wird, heißt eine Schenkung" mit Grunde geschlossen werden, daß auch die im §. 956 des nämlichen Hauptstückes behandelte Schenkung auf den Todesfall zu ihrem Wesen einen Vertrag, folglich die Annahme des Begünstigten erfordere.

5. Diese Meinung erhält noch mehr Gewicht durch die Bemerkung, daß in unsern Gesetzen unter der Benennung: Geschenke, Schenkungen, öfters solche Begünstigungen vor-

kommen, bey welchen sich auf einen Vertrag nicht wohl denken läßt. Dieses ist der Fall in den häufigen Verordnungen [1]), welche die Annahme von Geschenken verbiethen. Geschenke setzen eine Schenkung voraus. Es gibt also nach der Sprache unserer Gesetze Schenkungen, die man nicht annehmen darf, die daher keine Verträge seyn können, weil die Annahme fehlt. Das Hofdecret vom 16. Februar 1789 [2]) erklärt jene Geschenke, Vermächtnisse oder auch Erbschaften, die den unehelichen Kindern von ihren Aeltern, oder den Aeltern von ihren unehelichen Kindern entweder aus letztwilligen Anordnungen, oder aus dem gesetzlichen Erbrechte zufallen, von der Erbsteuer frey. Das galizische bürgerl. Gesetzbuch II. Theil, §. 171, spricht von dem Falle, wo der Eigenthümer eine Sache als Geschenk überschickt, und der Empfänger sie als nur zur Verwahrung anvertraut, annimmt. Hier ist wohl eine Schenkung, aber kein Schenkungsvertrag vorhanden. Eben dasselbe Gesetzbuch III. Theil §. 128 sagt: Die Kosten, die Jemand anwendet, um einem Andern gegen dessen Willen nützlich zu seyn, werden als ein Geschenk angesehen. Das Strafgesetzbuch I. Theil §. 90 spricht von angetragenen oder wirklich gegebenen Geschenken.

6. Ueberdieß lassen sich Begünstigungen denken, die sogar als vollbrachte Schenkungen unter Lebenden anerkannt werden müssen, aber nicht als Verträge angesehen werden können. Ein Kind unter sieben Jahren ist nach §. 865 des b. G. B. unfähig, ein Versprechen anzunehmen, also einen auch unentgeltlichen Vertrag zu schließen, und doch werden solchen Kindern tagtäglich Schenkungen mit Kleidungsstücken,

---

[1]) Zum Beyspiel, Hofdecret vom 25. Juny 1784 in der J. G. S. Nr. 310; Hofdecret vom 4. September 1785; Trattner'sche G. S. V. Thl., Nr. 564, S. 266; Hofdecret vom 18. Februar 1815; J. G. S. Nr. 1133, S. 260; Hofkanzleydecret vom 11. Juny 1828, Pol. Gesetz S. 56, B. Nr. 60, S. 143; galiz. bürgerl. G. B., III. Thl., §. 115; a. b. G. B. §. 1013.

[2]) J. G. S. Nr. 791.

Spielzeug, Zuckerwerk ꝛc. gemacht. Auch können Kinder unter sieben Jahren in die Pflege genommen werden. Auf den Ersatz der Pflegekosten haben die Pflegeältern nach §. 186 keinen Anspruch; also werden die auf solche Kinder verwendeten Pflegekosten denselben geschenkt. Sind wohl dergleichen unter Lebenden vorfallende Schenkungen wirkliche Verträge? Wenn dieses nicht angenommen werden kann, so wird es sich noch viel weniger behaupten lassen, daß Schenkungen auf den Todesfall, die gar oft vor dem Tode des Schenkenden nicht zur Kenntniß des Beschenkten gelangen, folglich von ihm auch nicht angenommen werden können, um Wirkung zu haben, als Verträge im Sinne des §. 938 geschlossen werden müssen.

7. Nach dem Geiste unseres b. G. B. ist die Schenkung auf den Todesfall in der Regel eine Erklärung des letzten Willens. Um sich davon zu überzeugen, vergleiche man nur den Inhalt der §§. 552 und 956 mit einander. Der §. 552 sagt: „Die Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen oder einen Theil desselben Einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt, heißt eine Erklärung des letzten Willens.“ Nun durch die Schenkung auf den Todesfall überläßt der Schenkende auch Einer oder mehreren Personen Etwas von seinem Vermögen auf seinen Todesfall, weil die Erfüllung einer solchen Schenkung erst nach dem Tode des Schenkenden laut §. 956 erfolgen soll, und er überläßt es in der Regel auch widerruflich, weil vermöge des nämlichen §. 956, wenn die Schenkung auf den Todesfall ausnahmsweise nicht als ein Vermächtniß, sondern als ein Vertrag anzusehen seyn soll, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben muß, welches offenbar voraussetzt, daß ohne eine solche ausdrückliche Begebung die Schenkung auf den Todesfall als eine widerrufliche Anordnung zu betrachten ist. Also treffen bey einer Schenkung auf den Todesfall alle Merkmahle ein, um sie als eine Erklärung des letzten Willens darzustellen. Eine Erklärung des letzten Willens aber bedarf keiner Annahme von Seite des darin Bedachten,

folglich auch die Schenkung auf den Todesfall nicht der Annahme des Beschenkten, sie braucht daher auch nicht in der Gestalt eines Vertrages eingegangen zu werden. Es müssen vielmehr ganz besondere Umstände eintreffen, um aus der Willenserklärung eines auf den Todesfall Schenkenden schließen zu können, daß er mit dem Geschenkten ein regelmäßig unwiderrufliches Geschäft, einen Vertrag habe eingehen wollen.

8. Diese Grundsätze finden sich in dem §. 956 klar ausgesprochen, wenn man dessen Inhalt, so wie er vorliegt, ins Auge faßt, und keine Begiffe hineinlegt, die mit demselben unverträglich sind. Der Text des Paragraphes lautet: „Eine Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtniß gültig. Nur dann ist sie als ein Vertrag anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändiget worden ist.“ Vergleicht man den ersten Satz dieses Paragraphes mit dem zweyten, so kann doch nichts einleuchtender seyn, als daß in jenem eine Regel, in diesem eine Ausnahme von der Regel aufgestellt werde. Die Regel spricht sich dahin aus, daß eine Schenkung, die erst nach dem Tode des Schenkenden in Erfüllung gehen soll, das ist, die Schenkung auf den Todesfall als Vermächtniß, mithin als eine Erklärung des letzten Willens zu gelten hat, wenn die dazu vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. Es wird bey Aufstellung dieser Regel weder durch die Citation des §. 938, noch durch irgend ein anderes Zeichen angedeutet, daß unter einer solchen Schenkung der Schenkungsvertrag zu verstehen sey. Nur dann soll die Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag angesehen werden, wenn die drey im zweyten Satze des §. 956 copulativ geforderten Bedingungen zusammen eintreffen. Hierin besteht

die Ausnahme von der im ersten Satze des Paragraphes aufgestellten Regel. Da sich ohne Annahme kein Vertrag denken läßt, so ist natürlich als erste Bedingung dieser Ausnahme gesetzt, daß der Beschenkte die Schenkung angenommen habe. Aber aus der bloßen Annahme des Beschenkten kann bey einer Schenkung auf den Todesfall, da sie alle Merkmahle einer letzten Willenserklärung an sich trägt, noch nicht geschlossen werden, daß sie dadurch in einen Vertrag verwandelt worden sey. Auch ein Vermächtniß kann von dem Legatar, der davon Kenntniß erhielt, angenommen worden seyn. Ist es deßwegen ein Vertrag geworden? Hat der Beschenkte zufälliger Weise die ihm zugedachte Begünstigung erfahren und angenommen, konnte er wohl durch seine Annahme dem Schenkenden ohne dessen Zustimmung das in der Natur einer letzten Willenserklärung gegründete Recht entziehen, die Begünstigung zu widerrufen? Hat aber der Schenkende selbst seine gemachte Anordnung dem Beschenkten kund gegeben, so war es doch gewiß seine Absicht nicht, auf den Fall, wenn es dem Beschenkten einfallen sollte, die Schenkung anzunehmen, sich der Freyheit zu entäußern, mit seinem Eigenthum allenfalls eine andere Anordnung zu treffen. Deßwegen wird von dem Gesetze mit Recht als zweyte Bedingung der Ausnahme erfordert, daß der Schenkende sich ausdrücklich des Befugnisses, die Schenkung zu widerrufen, begeben habe. Obgleich auf solche Art die Schenkung auf den Todesfall dem Schenkungsvertrage schon näher gerückt ist, so muß sie doch, um wirklich ein Schenkungsvertrag zu werden, noch die für diesen im §. 943 vorgeschriebene Form erhalten. Daher die dritte Bedingung, daß dem Beschenkten eine schriftliche Urkunde darüber eingehändiget werde, da die andere Form, nämlich die Uebergabe der geschenkten Sache, bey einer Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, nicht anwendbar ist. Vereinigen sich bey einer solchen Schenkung alle diese Bedingungen, so kann kein Zweifel seyn, daß selbst der auf den Todesfall Schenkende einen Schenkungsvertrag habe errichten wollen. Dann tritt also die Aus-

nahme von der sonst geltenden Regel ein. Uebrigens werden wir in den zu der angeführten Ausnahme nach dem Gesetze erforderlichen Bedingungen noch andere Momente finden, welche zur Widerlegung der Meinung, daß mit der Schenkung des §. 956 nothwendig der Begriff des Schenkungsvertrages zu verbinden sey, das Ihrige beytragen.

9. Die Ursache, warum das a. b. G. B. die Schenkungen auf den Todesfall ohne Unterschied, ob sie von dem Beschenkten angenommen worden sind, oder nicht, in der Regel für Vermächtnisse und nur ausnahmsweise für Verträge erklärte, ist leicht einzusehen. Ein kluger Gesetzgeber muß bey Entwerfung seiner Gesetze billige Rücksicht auf den gemeinen Sprachgebrauch nehmen. Das Volk kennt den juridischen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der letzten Willenserklärung nicht. Es pflegt die einem Andern gemachte Zusicherung der unentgeltlichen Ueberlassung einer eigenthümlichen Sache auf den Todesfall eine Schenkung zu nennen. Die meisten Menschen, welche nicht selbst Rechtsgelehrte sind, oder sich die Anordnung ihres letzten Willens nicht von einem Juristen verfassen lassen, reden darin wohl öfters vom Schenken ihrer Sachen auf den Fall ihres Absterbens, als vom Vermachen, Legiren, und denken dabey äußerst selten auf die Bewirkung der Annahme desjenigen, den sie durch ihre Verfügung begünstigen wollen. Wenn einer wirksamen Schenkung auf den Todesfall immer der Schenkungsvertrag zum Grunde liegen müßte, so würden alle vorgedachten Schenkungen wegen fehlender Annahme des Beschenkten wirkungslos bleiben. Ein billiger Gesetzgeber muß aber darauf Bedacht seyn, den letzten Willen rechtsunkundiger Leute nach Möglichkeit bey Kräften zu erhalten. Der österreichische Gesetzgeber bethätigte in dieser Hinsicht seine Vorsorge dadurch, daß er eine jede Schenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ohne Rücksicht auf die mangelnde Annahme des Beschenkten, als ein Vermächtniß gelten läßt, wenn die zur Gültigkeit eines Vermächtnisses vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. Als Ver-

trag will der Gesetzgeber eine Schenkung, die erst nach dem Tode des Schenkenden in Erfüllung gehen soll, nur ausnahmsweise, nämlich nur bey dem Zusammentreffen aller drey im zweyten Satze des §. 956 festgesetzten Bedingungen, betrachtet wissen, weil nur in einem solchen Falle sich der Wille des Schenkenden deutlich dahin offenbart, daß er einen wirklichen Schenkungsvertrag mit dem Beschenkten zu schließen beabsichtigte. Diesen Willen des Schenkenden glaubte der Gesetzgeber ebenfalls gehörig berücksichtigen zu müssen.

10. Wäre es schlechterdings nöthig, daß die Schenkung auf den Todesfall als der Schenkungsvertrag des §. 938 erscheine, so würde der erste Satz des §. 956 folgenden Ausspruch enthalten: Ein Schenkungsvertrag, dessen Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als Vermächtniß gültig. Der sich so gestaltende Ausspruch des Gesetzes gibt aber sogleich Anlaß zu zweifeln, ob der Gesetzgeber, damit die Schenkung auf den Todesfall als Vermächtniß gelte, die Beobachtung der bey dem Schenkungsvertrage im §. 943, oder der bey einem Vermächtnisse in den §§. 577 — 588, oder der sowohl bey dem einen als bey dem andern vorgeschriebenen Förmlichkeiten fordere. Wird das Erste oder das Letzte, wie es schon geschehen ist, behauptet, so ergibt sich daraus die weitere Folge, daß die Schenkung auf den Todesfall auch dann, wenn sie als ein Vermächtniß gelten soll, entweder durch die wirkliche Uebergabe der geschenkten Sache, oder mittelst einer schriftlichen Urkunde zu Stande kommen muß, weil entweder das eine oder das andere nach §. 943 zur Form des Schenkungsvertrages gehört, und aus einem bloß mündlich geschlossenen Schenkungsvertrage dem Geschenknehmer kein Klagerecht erwächst. Solche Consequenzen aber stossen gegen die bey Vermächtnissen geltenden Grundsätze an, nach welchen die Vermächtnisse erst nach dem Tode des Erblassers, oder erst nach einem Jahre von dem Tode desselben gefordert (§§. 684 und 695), und auch durch eine mündliche Erklärung des Erblassers wirksam hinterlassen

werden können (§. 647 verbunden mit §§. 577, 584—590). Dergleichen Zweifel und Consequenzen fallen dagegen gänzlich weg, wenn man unter dem Ausdrucke: eine Schenkung im §. 956 überhaupt eine Zusicherung der unentgeltlichen Ueberlassung einer Sache auf den Todesfall versteht, dieselbe mag von der Annahme des Begünstigten begleitet seyn oder nicht; denn dann ist es gewiß, daß bey einer Schenkung auf den Todesfall, um als Vermächtniß gültig zu seyn, bloß die zu einem Vermächtnisse erforderlichen Förmlichkeiten zu beobachten sind. Welchen Begriff wird man nun mit der im §. 956 erwähnten Schenkung zu verbinden haben, denjenigen, der den Ausspruch des Paragraphes mit Zweifeln und unzuläßigen Consequenzen umgibt, oder denjenigen, der ihn davon frey läßt?

11. Ueberdieß ist es ziemlich unbegreiflich, wie man einerseits zum Wesen der Schenkung auf den Todesfall die Annahme derselben rechnen, andererseits aber behaupten kann, daß die geschehene Annahme des Beschenkten in keine Betrachtung zu kommen habe, wenn man sich bemüssiget sieht, eine solche Schenkung, ungeachtet der erfolgten Annahme, nach dem Gesetze doch nur für ein gültiges Vermächtniß zu erklären. Kann wohl das Gesetz etwas als zum Wesen eines Geschäftes gehörig ansehen, und dabey doch gestatten, daß es bey Beurtheilung des Geschäftes unbeachtet bleibe?

12. Ziehen wir jetzt den zweyten Satz des §. 956 in eine noch nähere Betrachtung. Derselbe fängt so an: „Nur dann ist sie (die Schenkung auf den Todesfall) als ein Vertrag anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen hat.“ Dieser Ausspruch setzt offenbar voraus, daß es auch Schenkungen auf den Todesfall geben könne, die von dem Beschenkten nicht angenommen worden sind. Eine solche nicht angenommene Schenkung wird natürlicher Weise als kein Vertrag anzusehen seyn, weil bey ihr die erste, von dem Gesetze dazu geforderte Bedingung nicht eintrifft, sie wird aber doch, wenn sie mit den für ein Vermächtniß vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehen ist, als ein gültiges Vermächtniß be-

trachtet werden müssen, weil sie, da sie nicht unter die im zweyten Satze des §. 956 gemachte Ausnahme fällt, nach der im ersten Satze aufgestellten Regel zu beurtheilen ist. Kann aber eine Schenkung auf den Todesfall, obschon sie von dem Beschenkten nicht angenommen worden ist, doch als Vermächtniß gültig seyn, so ist es keineswegs nothwendig, daß sie, um Wirkung zu haben, immer als eine Art (species) des im §. 938 definirten Schenkungsvertrages erscheine.

13. Auch die zweyte Bedingung, welche vom Gesetze gefordert wird, um die Schenkung auf den Todesfall als einen Vertrag ansehen zu können, biethet einen Grund an die Hand, aus welchem sich beweisen läßt, daß man unter der im §. 956 vorkommenden Schenkung nicht nothwendiger Weise den Schenkungsvertrag zu verstehen habe. Dieselbe lautet: „wenn der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat." In den Worten dieser Bedingung kann offenbar nicht der Sinn liegen, daß der auf den Todesfall Schenkende, damit seine Schenkung als ein Vertrag angesehen werden könne, sich des Befugnisses begeben müsse, die Schenkung aus den in den §§. 947 — 954 angeführten Ursachen zu widerrufen. Dieses Befugniß bleibt dem Schenkenden, wenn sich auch die Schenkung auf den Todesfall durch das Zusammentreffen der drey im Paragraphe angegebenen Bedingungen zu einem Vertrage gestaltet, weil der Schenkungsvertrag, obgleich in der Regel unwiderruflich (§. 946), doch aus den vorgedachten Ursachen widerrufen werden kann; weil Verzichte immer streng auszulegen sind, weil endlich die Verzichtleistung auf das Widerrufungsbefugniß wegen Verkürzung des schuldigen Unterhaltes, des Pflichttheils oder der Gläubiger rechtlich unmöglich, wegen der in der Folge eintretenden Dürftigkeit des Geschenkgebers aber, wegen groben Undankes des Beschenkten, und wegen nachgeborner Kinder von einem vernünftig handelnden Schenker eben so wenig zu vermuthen, als von einem billigen Gesetzgeber anzunehmen ist, daß er dieselbe fordere. Die Worte der zweyten Bedingung können also nur

dahin verstanden werden, daß der Schenkende sich des Befugnisses begebe, die Schenkung, wovon der §. 956 spricht, willkührlich zu widerrufen. Hieraus wird es nun klar, daß der §. 956 auch solche erst nach dem Tode des Schenkenden zu erfüllende Schenkungen umfasse, die nach Willkühr widerruflich sind, folglich in einer einseitigen Erklärung bestehen, daß man Jemanden auf den Todesfall etwas unentgeltlich überlasse.

14. Wird das bisher Gesagte wohl erwogen, so gelangt man zu der Ueberzeugung, daß die Vorschrift des §. 956 auf nachstehende Art zu verstehen und zu interpretiren sey: Eine Schenkung auf den Todesfall ist die unentgeltliche Ueberlassung einer Sache an Jemanden, die erst nach dem Tode des Ueberlassenden in Erfüllung gehen soll. Ihr Begriff erheischt es nicht, daß sie in Gestalt eines Vertrages, mittelst Annahme derselben von Seite des Begünstigten, vor sich gehe. Sie kann auch in einer einseitigen Zusicherung des Schenkenden bestehen. Da sie an sich eine Erklärung des letzten Willens ist (Nr. 8), und sich auf solche Art wenig von einem Vermächtnisse unterscheidet, so verordnet das a. b. G. B., daß sie in der Regel nicht als Vertrag, sondern als Vermächtniß gelten soll; doch muß sie, um als solches Gültigkeit zu haben, mit den für Vermächtnisse vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehen seyn. Als Vertrag kann sie nur ausnahmsweise angesehen werden, nämlich nur dann, wenn die drey im zweyten Satze des §. 956 copulativ ausgedrückten Bedingungen vereint eintreffen. In diesem Falle bedarf sie aber nicht der zur Gültigkeit eines Vermächtnisses vorgeschriebenen Förmlichkeiten, weil Vermächtnisse und Verträge ganz verschiedene Rechtsgeschäfte sind, deren jedes seine eigenthümlichen Förmlichkeiten hat, und kein Gesetz besteht, welches die Anwendung der für die Anordnungen des letzten Willens vorgeschriebenen Förmlichkeiten auf Verträge befiehlt, den Erbvertrag ausgenommen; diese Ausnahme aber zur Bestätigung der Regel dient, daß eine solche Anwendung auf andere Verträge nicht Statt findet. — Fehlen

bey einer Schenkung auf den Todesfall alle drey im zweyten Satze des §. 956 festgesetzten Bedingungen, oder auch zwey, und zwar ohne Unterschied, ob die erste und zweyte, die erste und dritte, oder die zweyte und dritte; oder ermangelt gar nur eine solche Bedingung, sey sie die erste, die zweyte oder die dritte, so kann die Schenkung auf den Todesfall nicht als Vertrag angesehen werden, sie kann aber doch als Vermächtniß gelten, wenn bey Errichtung derselben, die für Vermächtnisse vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. — Tritt einer der Fälle ein, in welchen die Schenkung auf den Todesfall nicht als ein Vertrag anzusehen ist, und sie erscheint zugleich ohne Beobachtung der zu einem Vermächtnisse erforderlichen Förmlichkeiten errichtet, so ist sie ganz ungültig und ohne Wirkung. Sie gilt weder als Vermächtniß, noch als Vertrag, weil die gesetzlichen Erfordernisse zu dem erstern sowohl als zu dem letztern mangeln.

15. Die bisher begründete Meinung über den erweiterten Begriff der im §. 965 behandelten Schenkung wird auch durch die Rathsprotokolle bestätiget, welche bey der Berathschlagung der Hof-Commission in Justiz-Gesetzsachen über die Schenkung auf den Todesfall geführt worden sind. In denselben kommt unter andern die Stelle vor: „eine solche Schenkung soll, wenn sie auch angenommen wäre, als ein Vermächtniß angesehen werden.“ Diese Stelle gibt denn doch deutlich zu erkennen, daß man bey der Hof-Commission unter der Schenkung auf den Todesfall auch eine solche Schenkung verstand und mitbegriff, die nicht angenommen, mithin nur eine einseitige Erklärung des Einen ist, daß er dem Andern auf den Todesfall etwas schenke. Endlich dient der vorgedachten Meinung auch noch dieß zur Empfehlung, daß, wenn man derselben folgt, sich sehr leicht und deutlich bestimmen läßt, wann einer Schenkung auf den Todesfall die Wirkungen eines Vermächtnisses, wann die Wirkungen eines Vertrages, und wann gar keine zuzuschreiben seyen (s. Nr. 14), und daß dabey die Widersprüche und Inconsequenzen vermie-

den werden, welchen bey der entgegengesetzten Ansicht kaum auszuweichen ist. Ueberdieß dürfte die von mir vertheidigte Meinung geeignet seyn, eine feste Entscheidung noch mancher andern Rechtsfragen herbeyzuführen, welche über die Schenkung auf den Todesfall aufgeworfen, und von den Vertheidigern der von mir bestrittenen Meinung nicht gleichförmig beantwortet werden. Doch in die Erörterung der eben angedeuteten Rechtsfragen kann hier nicht eingegangen werden, weil sonst gegenwärtige Abhandlung einen Umfang erhalten würde, der sich mit den Bedürfnissen dieser Zeitschrift nicht verträgt. Ich will mich also darauf beschränken, bloß die Gründe zu prüfen, mit welchen man die entgegengesetzte Meinung zu unterstützen pflegt.

16. Diese Gründe sind: 1.) Der §. 956 des a. b. G. B. erkläre eine Schenkung auf den Todesfall doch immer für eine Schenkung. Eine Schenkung werde im §. 938 ohne Unterscheidung für einen Vertrag erklärt; ein Vertrag aber mache nach der allgemeinen Rechtslehre und insbesondere nach §. 861 des a. b. G. B. ein gültig angenommenes Versprechen aus. 2.) Der §. 956 gebe schon dadurch, daß er unter die Verfügungen über die Verträge eingereihet wurde, zu verstehen, daß hier nicht von einer einseitigen Willenserklärung, die ihrer Wesenheit nach widerruflich ist, sondern nur von einem Vertrage die Rede seyn könne. 3.) Wollte man aus den Worten: Nur dann ist sie als ein Vertrag anzusehen ꝛc., schließen, daß die Schenkung auf den Todesfall ohne die Erfordernisse, welche dann folgen, kein Vertrag sey, so ließe man das Gesetz sagen: der Schenkungsvertrag ist zuweilen ein Vertrag und zuweilen kein Vertrag, welches ungefähr so viel wäre, als ob man sagte: Der Zirkel ist zuweilen rund, und zuweilen nicht rund. 4.) Wenn Jemand eine förmliche Schenkungsurkunde aufsetzt, dieselbe aber in seinem Schreibpulte behält, und darüber stirbt, so könne man doch nicht behaupten, daß die Schenkung zu Stande gekommen ist, und wenn man dieser Handlung die Wirkung eines Vermächtnisses

beylegen wollte, sey man offenbar in der Gefahr, dem Willen des Verstorbenen entgegen zu handeln; denn eben der Umstand, daß er dem in der Urkunde Benannten keine Gelegenheit zur Annahme gab, zeige, daß der Wille zu schenken bey ihm noch nicht fest stand, oder daß ihn die früher beschlossene Schenkung wieder gereuet hat.

17. Auf den ersten Grund ist keine besondere Erwiederung nöthig. Sie könnte nur eine Wiederholung oder ein Auszug dessen seyn, was oben unter Nr. 2—13 umständlich ausgeführt worden ist.

Was den zweyten Grund betrifft, so läßt sich die Ursache leicht angeben, warum der Inhalt des §. 956 unter die Verfügungen über Verträge eingereihet wurde. Der Gesetzgeber erkannte recht wohl, daß die Schenkung auf den Todesfall an sich eine Erklärung des letzten Willens sey, und daß sie nur mit Behuthsamkeit unter ganz besondern Umständen als ein Vertrag angesehen werden könne. Deßwegen machte er von derselben im §. 603 des Hauptstückes, welches von der Erklärung des letzten Willens handelt, die gehörige Erwähnung; verwies aber das Weitere darüber in das Hauptstück von den Schenkungen, weil es ihm, um die Natur einer solchen Schenkung kurz und verständlich darzustellen, nöthig schien, die Lehre von Vermächtnissen, Verträgen und Schenkungen vorauszuschicken, mit welchen letzteren die Schenkung auf den Todesfall nicht nur den generischen Namen, sondern in dem Falle, wo sie als Vertrag anzusehen ist, auch die Wirkungen gemeinschaftlich hat. Wie wenig die Stellung des §. 956 in die Abtheilung von Verträgen zu einem Beweise dienen könne, daß die Schenkung auf den Todesfall jederzeit ein Vertrag im Sinne des §. 938 seyn müsse, ist bereits unter Nr. 3 und 4 gezeigt worden.

Der dritte Grund beruhet auf einer offenbaren petitio principii. Er setzt voraus, daß unter der Schenkung, wovon

der §. 956 spricht, nothwendig der Schenkungsvertrag des §. 938 zu verstehen sey. Dieses steht aber eben in der Frage, und kann daher nicht als ein Grund zur Entscheidung der nämlichen Frage benützt werden. Uebrigens führt die gegnerische Argumentation noch auf ein juridisches Absurdum, nämlich, daß es einen Vertrag ohne Annahme geben könne. Denn da laut derselben aus dem zweyten Satze des §. 956 sich nicht schließen läßt, daß die Schenkung auf den Todesfall ohne die daselbst bestimmten Erfordernisse kein Vertrag sey, so kann man natürlich auch nicht schließen, daß sie ohne das dort zuerst angegebene Erforderniß der Annahme kein Vertrag sey. Was wird sie also ohne Annahme seyn, wenn man nicht schließen darf, daß sie kein Vertrag sey? Das Gegentheil von keinem Vertrag, also ein Vertrag.

Der vierte Grund laborirt zwar zum Theil auch an dem oben gerügten logischen Gebrechen; dieses wollen wir aber hier übersehen, weil es an andern Erinnerungen dagegen nicht fehlt. Ich sehe keine hinreichende Ursache, warum man der in dem Schreibpulte liegen gebliebenen Schenkungsurkunde oder Anordnung, selbst nach der Theorie des Gegners, nicht die Wirkungen eines Vermächtnisses angedeihen lassen könnte. Er gibt selbst an eben demselben Orte zu, daß, wenn Jemand in einer offenbar einseitigen Willenserklärung, einem Testamente oder Codicille, den Ausdruck braucht: dem A schenke ich mein Haus oder meine Uhr, diese Anordnung als ein Vermächtniß gelte, wenn sie die Erfordernisse desselben hat und keine Annahme geschehen ist, weil es nicht auf die Ausdrücke der Erklärung, sondern auf den Sinn derselben nach der klaren Absicht des Erklärenden ankommt. Nun ist die vorgedachte Anordnung offenbar eine einseitige, weil vorausgesetzt wird, daß sie nicht angenommen worden ist. Nehmen wir zugleich an, der Verstorbene habe sie eigenhändig geschrieben und eigenhändig mit seinem Namen unterfertiget, so sind auch die zu einem Vermächtnisse vorgeschriebenen Förmlichkeiten beob-

achtet. Was steht also entgegen, sie als ein Vermächtniß anzusehen? Ein letzter Wille muß ja immer so ausgelegt werden, daß er von Wirkung sey (§§. 558, 655, 706, 710, 715 und 726 des b. G. B.), und ist nach dem Hofdecrete vom 16. November 1826 genau zu befolgen, wenn er nichts Gesetzwidriges enthält. Wenn der Verstorbene in der Urkunde auch sagt, der Beschenkte habe die Schenkung angenommen, so kann dieses der Anordnung keinen Eintrag thun, weil in facto vorausgesetzt wird, daß ihm der Verstorbene keine Gelegenheit zur Annahme gab. Eben so wenig schadet es der Natur eines Vermächtnisses, wenn der Verstorbene in der hinterlassenen Urkunde ausdrücklich erklärt, daß er sich des Rechts, die Schenkung zu widerrufen, begebe. Es stand ihm doch der Widerruf noch immer frey, weil die Schenkung nach der Voraussetzung nicht angenommen worden ist, und er die Schenkungsurkunde in seinen Händen hatte. Noch weniger kann man aus der Nichteinhändigung der Urkunde an den Beschenkten schließen, daß der Verstorbene entweder noch keinen festen Willen, zu schenken, hatte, oder daß es ihn der früher beschlossenen Schenkung gereuete, er konnte ja durch Krankheit oder Tod an der Einhändigung gehindert worden seyn, und war dieses nicht der Fall, so kann man aus der Nichteinhändigung der Urkunde nur so viel folgern, daß er die Schenkung nicht in der Anfangs beabsichtigten Vertragsform wollte zu Stande kommen lassen, und dazu konnte er gute Gründe haben, entweder um seine Dispositions-Freyheit nicht zu beschränken, oder um die Schenkung nicht ruchbar werden zu lassen, oder um dem Bedachten nicht Anlaß zu geben, auf Conto der Schenkung flott zu leben und Schulden zu machen ꝛc. Wäre es seine Absicht gewesen, der Schenkungsurkunde alle Gültigkeit zu benehmen, so hätte er sie auf irgend eine Art vertilgen können und sollen. Da er aber dieses nicht that, sondern die Urkunde bis an seinen Tod unversehrt im Schreibpulte behielt, so ist anzunehmen, seine Absicht sey ge-

wesen, der Schenkungsurkunde die Wirkung zu lassen, welche sie in der Gestalt, in der er sie hinterließ, haben kann, und diese ist die Wirkung eines Vermächtnisses, weil, wie gezeigt worden, alle Erfordernisse dazu vorhanden sind. Es ist daher auch nicht zu befürchten, daß man dem Willen des Verstorbenen entgegen handeln werde, wenn man eine solche Schenkung auf den Todesfall als Vermächtniß gelten läßt.

XLI.

Binnen welcher Zeit ist der in einem Urtheile zuerkannte Beweis durch den Haupt-, Erfüllungs-, Schätzungseid, oder durch Zeugen, und nun auch durch Kunstverständige im Falle der Appellationsabstehung anzutreten?

Von einem Mitgliede eines Wechselgerichtes.

A erwirkte gegen B das wechselgerichtliche Urtheil vom 11. November 1834 dahin, daß dieser ihm die aus dem acceptirten Wechsel von 2. July 1833 angesprochenen 649 fl. C. M. sammt den vom 3. November 1833 laufenden 6 percentigen Zinsen dann binnen 3 Tagen bey Vermeidung der Execution zu bezahlen schuldig sey, wenn Kläger A den ihm aufgetragenen Haupteid dahin ablegt, daß der Geklagte B den gegen ihn eingeklagten Wechsel vom 2. July 1833 pr. 649 fl. C. M. an ihn, Kläger, seines Wissens und Erinnerns nicht schon bezahlt habe, oder wenn der Geklagte B im Zurückschiebungsfalle das Gegentheil dessen, nämlich, daß er den gegen ihn eingeklagten Wechsel vom 2. July 1833 pr. 649 fl. C. M. an den Kläger A bereits bezahlt habe, zu beschwören nicht vermöchte. Es stehe daher dem Kläger A bevor, binnen drey Tagen nach rechtskräftigem gegenwärtigen Urtheile so gewiß seine schriftliche Erklärung, ob er diesen Eid ablegen, oder dem Gegner zurückschieben wolle, beym k. k. Merkantil- und Wechselgerichte zu überreichen, widrigens dieser Eid als stillschweigend zurückgeschoben gehalten werden würde. Im Antretungsfalle habe

Kläger diesen Eid so gewiß abzulegen, widrigens das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr gehalten werden würde, und der Geklagte nicht schuldig wäre, die angesprochene Wechselsumme sammt Zinsen zu bezahlen. Dem Geklagten dagegen liege ob, binnen drey Tagen vom Tage des ihm ausdrücklich oder stillschweigend zurückgeschobenen Eides so gewiß um eine Tagsatzung zur Ablegung des Eides anzusuchen, und sohin den Eid auch abzulegen, widrigens das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, für wahr gehalten werden würde, und er die eingeklagten 649 fl. C. M. sammt 6 percentigen Zinsen seit 3. October 1833 an den Kläger zu bezahlen schuldig wäre. Der weitere Inhalt des Urtheils enthält die Bestimmung über die Gerichtskosten, die der sachfällige Theil dem Gegner bey Vermeidung der Execution binnen drey Tagen zu vergüten habe. Dieses Urtheil wurde beyden Theilen am 18. November 1834 bestellt. Noch an demselben Tage überreichte der Geklagte dagegen die Appellationsmeldung, und bath um eine Frist von acht Tagen a die recepti zur Einbringung der Beschwerden. Die Appellationsmeldung wurde am 21. bestellt, am 22. November wie gewöhnlich erledigt, und es erfolgte rücksichtlich der angesuchten Frist von dem Gegentheile keine Aeußerung. Unterm 24. November fiel der Geklagte von der Appellation. Diese Appellationsfallung wurde am 25. November zur Wissenschaft genommen, und beyden Theilen am 27. November bestellt. Am 2. December 1834 überreichte der Geklagte mit Berufung auf seine Appellationsabstehung ein Gesuch, worin er um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des stillschweigend zurückgeschobenen Haupteides bath. Diese Beweisantretung wurde mit Bescheid ddo. eodem zur Wissenschaft genommen, und die Tagsatzung zur Ablegung des Eides auf den 12. December angeordnet. Am 3. December überreichte der Kläger ebenfalls, auf die Appellationsfallung gestützt, sein Beweisantretungs-Gesuch, welches aber unterm 5. December auf die bereits vom Gegentheile überreichte Beweisantretung gewiesen wurde. Dagegen ergriff Kläger

rechtzeitig den Recurs und zwar sowohl gegen den Bescheid vom 25. November über die Appellationsfallung, als auch gegen die Bescheide, womit das Beweisantretungs-Gesuch des Geklagten aufrecht, jenes des Klägers aber rückweisend erlediget wurde. Ueber die gelieferte Nachweisung des ergriffenen Recurses wurde seinem Ansuchen gemäß die Eidestagsatzung einstweilen aufgehoben.

In dem Recurse stellte Kläger die Ansicht auf, daß eine Appellationsfallung die Folge einer höhern Urtheilsbestätigung und Geklagter durch die Appellationsmeldung und sohinige Fallung die Sache zu verwirren getrachtet habe, somit hieraus um so weniger einen Vortheil ziehen könne, als die Appellationsfallung ohne seine, des Klägers Bewilligung geschehen sey, welche doch nach dem Hofdecrete vom 13. Februar 1798, Nr. 401, erforderlich erscheine. Der Richter, sagte er, hätte die Appellationsfallung nicht lediglich zur Wissenschaft nehmen, sondern unter Einem bestimmen sollen, wann der eine oder der andere Theil den Beweis durch den Haupteid anzutreten habe. Der Richter hätte sohin in Erledigung der Appellationsfallung, die Frist zum Beweisantritte auf vierzehn Tage bestimmen sollen. Die Beweisantretung des Geklagten gründe sich auf die aufrechte und mangelhafte Erledigung der Appellationsfallung, mit der Aufhebung dieser müsse die Erledigung des gegnerischen Beweisantretungs-Gesuches von selbst zerfallen, und es bestehe sohin nur die rechtzeitige Beweisantretung des Recurrenten.

Das Gericht begründete im Berichte über diesen Recurs die recurirte Form der Erledigung der Appellationsfallung damit, daß die Frist zum Beweisantritte, und die Folgen der Verabsäumung im Urtheile ausgedrückt seyen, dieses sohin im Bescheide über die Appellationsfallung zu wiederholen nicht nöthig gewesen, und auch nicht vorgeschrieben sey; nachdem ein Urtheil der ersten Instanz durch Unterlassung der Appellation nicht zu einem oberrichterlichen werde; die aufrechte Erledigung des Beweisantretungs-Gesuches des Geklagten,

und die Abweisung deßgleichen Gesuches des Klägers aber Folgendem:

1.) Durch die Appellationsfallung sey jener Rechtszu[...] wieder hergestellt worden, welcher bey der Zustellung des [...]theils bestand. Nach dem Patente vom 9. April 1782 erwa[...] ein Urtheil in Wechselgeschäften binnen acht Tagen in Rech[...]kraft, das am 18. November 1834 bestellte Urtheil sey dah[...] am Tage der bestellten Appellationsfallung (27. Novemb[...] 1834) schon rechtskräftig gewesen, und Kläger hätte wisse[...] sollen, daß er binnen drey Tagen seine Erklärung zu überreichen habe, ob er den Eid ablegen oder rückschieben wolle.

2.) Hiernach habe die am 3. December 1834 geschehene Beweisantretung des Klägers zurückgewiesen werden müssen, weil durch die Unterlassung der Beweisantretung binnen drey Tagen nach Rechtskräftigkeit des Urtheils der Haupteid vom Kläger dem Geklagten stillschweigend zurückgeschoben worden sey. Die rechtzeitige Ueberreichung des Beweisantretungs-Gesuches des Geklagten sey sohin in der Ordnung aufrecht erledigt.

Gegen die Aufhebung der Eidestagsatzung über die Recursausweisung hatte auch Geklagter den Recurs ergriffen, weil nach geschöpftem Urtheile ein Recurs in der Streitsache keinen effectum suspensivum habe. Dieser Recurs wurde dahin beantwortet, daß das Gericht über den Recurs des Klägers die Eidestagsatzung einstweilen aufheben zu müssen erachtet habe, damit, wenn Kläger eine für sich günstige Recurs-Erledigung doch erwirken sollte, diese für ihn nicht erfolglos sey.

Der Recurs des Geklagten wurde abgewiesen, jenem des Klägers aber dahin Statt gegeben, daß Geklagter mit seiner Beweisantretung de praesentato 2. December 1834 auf den für den Kläger noch nicht verstrichenen Termin zur Antretung des ihm aufgetragenen Haupteides gewiesen, die von diesem sub praesentato 3. December 1834 überreichte Antretung des Beweises zur Wissenschaft genommen, und zur Ablegung des Haupteides von Seite des Klägers mit Vorladung beyder Theile hierzu eine Tagsatzung angeordnet werde.

Die Gründe dieser Erledigung waren: Daß Geklagter von der gemeldeten Appellation abstand, kann nur eine von den beyden Wirkungen nach sich ziehen, nämlich entweder, daß die Sache so angesehen werde, als habe er nie die Appellation gemeldet, oder als sey das erstrichterliche Urtheil in dem von ihm appellirten Punkte höhern Orts bestätigt worden. Der erste Fall könne nicht eintreten, weil die in tempore geschehene Appellationsmeldung immer eine rechtliche Wirkung äußert, daher, wenn auch hiervon abgestanden wird, die Sache doch nicht so, als habe die Appellationsmeldung gar nie bestanden, angesehen werden könne. Es könne ferners von der Appellation auch dann, wenn die Appellationsschriften gewechselt sind, und der Prozeß dem Appellationsgerichte schon vorliegt, abgestanden werden, sohin nach einem Verlaufe von mehreren Monathen, während welchem die Appellationsmeldung stets ihre Wirkung äußert. Würde man annehmen, daß die Abstehung von der Appellation die Sache in jene Lage setze, als sey die Appellation gar nicht gemeldet worden, so würde einerseits Jener, welcher am ersten Tage die Appellation meldet, am vierten aber von selber abstehet, am fünften wieder die Appellation über denselben Punkt anmelden, und der Gegentheil sich diesem nicht widersetzen können, was doch wohl nicht zugegeben werden kann, und dem Hofdecrete vom 13. Februar 1798, Z. 401, widerspräche; andererseits würde Jener, welchem erstrichterlich ein Beweis aufgetragen wurde, wenn die Appellationsabstehung erst nach einem Monathe erfolgt, den aufgetragenen Beweis nie antreten können, weil die Frist hierzu schon verstrichen wäre. Die Abstehung von der Appellationsmeldung könne sonach nur die zweyte Wirkung äußern, nämlich eben jene, als wenn das Urtheil in dem appellirten Punkte höhern Orts bestätigt worden wäre. Nach diesem Grundsatze habe Kläger A vom Tage, als ihm die Appellationsabstehung des Geklagten B zugefertigt wurde, das ist von dem 27. November 1834 zur Antretung des ihm aufgetragenen Beweises durch den Haupteid eine Frist von vierzehn Tagen, oder als in einer Wechsel-

sache doch wenigstens von acht Tagen. Da er nun sub praesentato 3. December 1834 sonach in offener Frist diesen Beweis antrat, so konnte der Geklagte am 2. December den Beweis als rückgeschoben nicht ansehen; er müsse also mit seiner voreiligen Beweisantretung abgewiesen, und jene des Klägers aufrecht erledigt werden.

Gegen diese Entscheidung ergriff der Geklagte, wie es scheint, rechtzeitig den Hofrecurs, in welchem er die Behauptung aufstellte, daß durch seine Appellationsfallung das Urtheil sogleich rechtskräftig geworden sey, weil er, wenn das Urtheil auf Zahlung unbedingt gelautet hätte, — sogleich nach Zustellung der Appellationsabstehung hätte exequirt werden können. Nun sey er aber nur dann den Wechselbetrag zu zahlen schuldig erkannt, wenn sein Gegner den ihm aufgetragenen Haupteid binnen drey Tagen nach rechtskräftigem Urtheile antrete und ablege, Gegner habe aber diesen Beweis nicht binnen dieser Frist, sondern erst am fünften Tage nach der ihm am 27. November 1834 bestellten Appellationsabstehung, somit zu spät angetreten, folglich sey der Eid an ihn deferirt.

Hierüber langte die oberstrichterliche Entscheidung dahin ein, daß diesem Hofrecurse keine Folge gegeben werde.

Es ist zu bedauern, daß von den Obergerichten, und vom obersten Gerichtshofe im Falle der Bestätigung einer Entscheidung die Beweggründe auch dann nicht mitgetheilt werden, wenn die Bestätigung aus ganz andern Gründen erfolgt ist. Die Hinausgabe der Beweggründe in einem solchen Falle würde offenbar Gewinn für die Wissenschaft seyn. In dem oben vorgetragenen Rechtsfalle scheint es, daß die oberstrichterliche Bestätigung aus andern Gründen erfolgt seyn müsse, als aus jenen, aus welchen die oberrichterliche Abänderung der Entscheidung der ersten Instanz geschah.

Wir können zwar die von der ersten Instanz aufgestellte Ansicht nicht theilen, daß der Widerruf der Appellationsmeldung auch bey einem bedingten Urtheile, oder bey einem Bey-

urtheile jenen Zustand herstelle, der zur Zeit der Zustellung des appellirten Urtheiles bestand, weil bey dieser Ansicht es sich richtig ergeben könnte, daß die Beweisantretungsfrist für den Beweisführer ohne sein Verschulden verloren ginge, was häufige Restitutions-Verhandlungen zur Folge haben würde; wir glauben aber doch, daß in dem vorgetragenen Falle die aufrechte Erledigung des Gesuches des Geklagten um eine Tagsatzung zur Ablegung des ihm stillschweigend zurückgeschobenen Haupteides, und mithin auch die Abweisung des späteren Beweisantritts-Gesuches des Klägers sich rechtfertigen lasse.

Nach den §§. 145, 183, 209 und 224 der a. G. O., und nach dem Hofdecrete vom 17. August 1797 hat die Parthey den Beweis, wenn auf solchen durch Urtheil dritter Instanz, oder wenn auf selben von der ersten und zweyten Instanz erkannt wurde, binnen vierzehn Tagen, vom Tage des zugestellten definitiven Erkenntnisses, außerdem aber binnen drey Tagen nach Rechtskräftigkeit des Spruches anzutreten.

Das Gesetz unterscheidet nicht, ob das Urtheil auf den Beweis durch gänzliche Unterlassung der Appellationsmeldung oder durch Widerruf dieser rechtskräftig werde. Ubi autem lex non distinguit, nos non distinguere oportet. Eben weil ein dem Beschwerdezuge noch unterliegendes Urtheil auf Beweis zu einer vorläufig nicht bestimmbaren Zeit im Falle der Appellationsablassung rechtskräftig werden kann, konnte der Gesetzgeber bey einem solchen Urtheile die Zeitfrist zur Beweisantretung nicht von dem Zustellungstage desselben berechnen.

Die Behauptung, daß die Frist zum Antritte des Beweises aus einem Urtheile, gegen welches zwar die Appellation gemeldet, jedoch davon abgestanden worden ist, vierzehn Tage sey, widerspricht daher der ausdrücklichen Bestimmung obiger Gesetze. Die Appellationsfallung hebt den effectum devolutivum der Appellationsmeldung auf, wie sollte sie also doch die Wirkung eines bestätigenden höheren Urtheils haben?

Hier wird offenbar etwas als bestehend vorausgesetzt, was aber gerade nach der Voraussetzung nicht bestehet. Entis non existentis nullae sunt qualitates.

Nach der Voraussetzung besteht nur Ein Urtheil, und zwar nicht von der letzten, sondern von der ersten Instanz, es können also auch nur die rücksichtlich dieser Art Urtheile erflossenen gesetzlichen Bestimmungen Anwendung haben.

Das erwähnte Wechselurtheil wurde am 18. November beyden Theilen bestellt, es wurde also am 26. November rechtskräftig. Wäre in dieser Zeitperiode keine Appellation gemeldet worden, so hätte der Kläger den Beweis durch den ihm aufgetragenen Haupteid am 27., 28. oder 29. November antreten können, und am letzteren Tage auch so gewiß antreten sollen, widrigens der Haupteid als stillschweigend rückgeschoben hätte betrachtet werden müssen. Am 22. November wurde ihm aber die Appellationsmeldung des Geklagten zugestellet, er mußte daher die Frage, ob er den Haupteid abzulegen habe, vom erfolgenden höhern Erkenntnisse abhängig gemacht ansehen. Am 27. November wurde ihm die Appellationsfallung des Geklagten bestellt, und er erfuhr hierdurch, daß es bey dem vom ersten Richter auf den Haupteid gefällten Erkenntnisse, und zwar nicht theilweise, sondern im ganzen Umfange sein Verbleiben habe, und daß dieses Erkenntniß nun auch rechtskräftig sey, nachdem er selbst sich durch solches nicht beschwert fand, der Geklagte sich erklärte, damit zufrieden zu seyn, und die Appellationsfrist mit Rücksicht auf den Tag der Zustellung des Urtheils (18. November) auch schon verlaufen war. Das Urtheil, das der Kläger in Händen hatte, sagte ihm, daß er binnen drey Tagen nach Rechtskräftigkeit desselben so gewiß sein Gesuch um Anordnung einer Tagsatzung zur Ablegung des Haupteides zu überreichen habe, widrigens der Haupteid stillschweigend zurückgeschoben, und sein Gegner berechtiget wäre, binnen weiteren drey Tagen um eine Tagsatzung zur seinerseitigen Ablegung des Eides anzusuchen. Der Kläger hätte daher, da das Ur-

theil am 27. November rechtskräftig war, am 28., 29. oder 30. November sein Beweisantretungs-Gesuch überreichen sollen. Da er dieß unterließ, so war Geklagter berechtiget, den Haupteid als stillschweigend zurückgeschoben anzusehen, und binnen der folgenden drey Tage, also am 1., 2. oder 3. December seiner Seits um die Tagsatzung zur Ablegung des Eides anzusuchen. Sein am 2. December überreichtes Beweisantretungs-Gesuch erscheint daher rechtzeitig eingebracht.

Belangend die Recursgründe des Klägers, so stehen ihnen folgende Betrachtungen entgegen:

Daß die Appellationsfallung ohne seine Einvernehmung geschehen ist, dieß kann um so weniger eine Veränderung der gesetzlichen Frist zur Antretung des Beweises bewirken, als das Hofdecret vom 13. Februar 1798, Nr. 401, von einem ganz andern Falle, nämlich von dem spricht, wo der Appellant im Einverständnisse mit dem Appellaten die Appellationsmeldung widerruft, und sie dann doch wieder erneuern will. Hier entstand der Zweifel, ob, da ein vertragsmäßiges Uebereinkommen der Nichtappellation vorliege, nach L. 1 §. 3 D. a quibus appellari non licet, die zweyte Appellationsmeldung unbedingt, oder erst auf Verlangen des Appellaten, und ob in diesem Falle jederzeit zu verwerfen sey? Insoweit dem Referenten bekannt ist, fordert die Praxis auch nicht, daß eine Appellationsabstehung gemeinschaftlich mit dem Appellaten geschehe. Selbst die gesetzliche Bestimmung der Beweisantretungsfrist auf drey Tage von der Rechtskräftigkeit des Spruches zeigt, daß der Gesetzgeber einseitige Appellationsablassungen vor Augen gehabt habe, denn gerade für diese ist eine Norm, wann der Beweis anzutreten sey, nothwendig, weil sich außerdem viel leichter ein Zweifel über die Zeit der Beweisantretung als bey einer gemeinschaftlichen Appellationsfallung, ergeben könnte, da beyde Theile bey einem Einverständnisse über den Widerruf der Appellation in der Gelegenheit sind, sich auch darüber zu verständigen, wann der Beweis nunmehr anzutreten sey. Bestünde obige gesetzliche Bestim-

mung nicht, sondern nur die Anordnung, daß der Beweis, wenn das dießfällige Urtheil der höhern Entscheidung nicht unterzogen wurde, vor Verlauf des achtzehnten Tages vom Tage der Zustellung anzutreten sey, so wären die Parteyen auch veranlaßt, hinsichtlich der durch die abgerufene Appellationsmeldung verlaufenen Frist in dem Uebereinkommen über die Appellationsfallung auch dießfalls ein Uebereinkommen zu treffen; nur bey einer uneinverständlichen Appellationsfallung nach Verlauf des achtzehnten Tages vom Zustellungstage des Urtheiles, wäre der Appellant ohne obgedachte gesetzliche Bestimmung in der Lage, die Restitution zur Beweisantretung werben zu müssen. Dieser Nothwendigkeit ist er nun bey Bestimmung der Beweisantretungsfrist auf drey Tage vom Tage der Rechtskräftigkeit des Urtheils enthoben, und es ist demnach diese Bestimmung zunächst eine Vorsorge zur Beseitigung der Streitigkeiten, die sich über die Zeit, binnen welcher ein Beweis nach uneinverständlicher Appellationsfallung anzutreten sey, ergeben könnten.

Das Hofdecret vom 17. October 1797, Nr. 384. lit. b, setzt ebenfalls einseitige Appellationsabstehungen voraus; denn bey einer einverständlich überreichten Appellationsabstehung wird sich der Appellat den allfälligen Kostenersatz schon selbst bedingen oder vorbehalten, und es bedarf dann der Intervenirung des Richters nicht, ausgenommen, es entsteht über das dießfällige Uebereinkommen ein Streit, wo dann der Richter, wie in einer andern Streitsache einschreitet. Hat der Appellat aber in seinem Uebereinkommen mit dem Appellanten rücksichtlich der Appellationsfallung sich keinen Kostenersatz bedungen, so mangelt dem Richter die Veranlassung, das Begehren, Jemanden etwas zuzusprechen. Wollte man dem Richter zumuthen, daß er den Appellaten zur Nachweisung der Kosten aufzufordern habe, so wäre zu bedenken, daß dieß nicht bloß gegen den §. 1 der G. O. verstoßen, sondern auch ein Hinderniß für die Parteyen seyn würde, sich im Appellationszuge auszugleichen, und die Streitsache abzurufen.

Im vorliegenden Falle hat aber auch der Kläger die Zulässigkeit der gegnerischen Appellationsfallung dadurch anerkannt, daß er sich in seinem Beweisantritts-Gesuche darauf zur Darthuung, daß das Urtheil rechtskräftig sey, bezogen hat.

Es ist wahr, daß der Richter in der Erledigung der Appellationsfallung von der Frist zum Beweisantritte keine Erwähnung mehr machte, allein dieses kann als eine haltbare Begründung des Recurses nicht angesehen werden, weil diese Bestimmung schon im Urtheile enthalten war, und es Sache der Parteyen ist, sich die Fristen vorzumerken.

Dem Richter kommt es auch nicht zu, in der Erledigung der Appellationsfallung zugleich zu bestimmen, daß nun binnen drey Tagen der vorbehaltene Beweis anzutreten sey, weil er hierdurch implicite erklären würde, daß eine Appellations-Prosequirung nicht mehr Statt habe, zu welcher Erklärung vorhinein der Richter aber nach dem Hofdecrete vom 13. Februar 1798, Nr. 401, nicht berechtiget ist.

Es ist möglich, daß Geklagter durch seine Appellationsmeldung, und sohinnige Fallung, eine Verwirrung der Sache beziel habe; bey gehöriger Aufmerksamkeit von Seite des Klägers würde dieses jedoch Jenem nicht gelungen seyn.

Der Kläger hätte also hier nur die Restitution werben, und allenfalls die Anwendung des obgedachten Hofdecretes vom 17. October 1797, Nr. 384 lit. b), in Anspruch nehmen sollen. Die Verfällung in die Restitutionskosten würde ihm auch nicht empfindlicher gefallen seyn, als die Kosten eines seinem Erfolge nach zweifelhafteren Recurses.

Vermuthlich hat die Betrachtung, daß, wenn Kläger die Restitution geworben hätte, er zur Abschwörung des Haupteides gekommen seyn würde, unter den übrigen nicht bekannten Gründen für die Bestätigung der oberrichterlichen Recurses-Erledigung auch ihren Platz behauptet. — Der Geklagte kann es somit auch nicht so sehr bedauern, daß seinem Hof-Recurse nicht Statt gegeben wurde.

Da es aber sehr wahrscheinlich ist, daß noch andere Gründe für die Meinung bestehen: im Falle einer Appellationsablassung sey der vorbehaltene Beweis erst binnen vierzehn Tagen von der Zustellung der Ablassung anzutreten — so glauben wir, daß mit diesem Aufsatze die Erörterung der vorliegenden Frage nicht geschlossen seyn werde.

Uebrigens zeigt uns dieser Fall, daß die Bestimmung der Frist zum Beweisantritte auf drey Tage nach Rechtskräftigkeit des Spruches zweckmässiger sey, als die in dem Formulare eines Urtheils, welches zum §. 84 der ersten Abtheilung der Gerichts-Instruction vorkommt, enthaltene richterliche Anordnung, daß der Beweisantritt vor Verlauf des 18. Tages vom Tage der geschehenen Zustellung des Urtheils zu geschehen habe.

Durch die Allerhöchste Entschließung vom 23. May 1835, daß künftighin auf den Beweis durch Zeugen, oder Kunstverständige durch Beyurtheile erkannt werden soll, ist ohnehin obiges Formular ganz außer Kraft gesetzt worden, nnd die dieser Allerhöchsten Entschließung angehängten Urtheils Formularien bestimmen die Frist zum Beweisantritte ganz im Einklange mit den §§. 145, 209 und 224 der allgemeinen G. O. auf drey Tage, nachdem das Beyurtheil rechtskräftig geworden ist.

XLII.

Die von den nach der ehemahligen Gerichtsverfassung bey dem Foro academico universitatis abzuhandeln gewesenen Verlassenschaften zu entrichtende Discretionstaxe.

Vom

Herrn Ludwig Schwarz,

Dr. der Rechte.

In Füger's adeligem Richteramte I. Bd. S. 192 liest man, daß der hiesige Magistrat bey dem Todesfalle eines immatrikulirten Doctors, wenn das Vermögen auf Verwandte in auf- und absteigender Linie fällt, sowohl in- als außer dem Burgfrieden, kein Mortuar, sondern nur eine Discretionstaxe bezieht, welche bey einem Verlassenschafts-Vermögen

unter 1000 fl., einen
von 1000 fl. bis 6000 fl., drey
» 6000 fl. » 20,000 fl., sechs
» 20,000 fl. » 50,000 fl., zwölf

Ducaten beträgt, und bey einem noch höheren Verlassenschaftsstande von dem Magistrate verhältnißmäßig und willkührlich bestimmet wird, und es wird sich dießfalls auf das Hofdecret vom 13. August 1795 bezogen. Allein diese so ziemlich allgemein verbreitete Darstellung ist in mehrerer Rücksicht mangelhaft und irrig.

Eine jüngster Tage gepflogene Verhandlung hierüber spielte mir mehrere Behelfe in die Hand, die, da sie Wenigen zugänglich und bekannt seyn werden, einer Veröffentlichung bedürfen. Nach der Weisung dieser Behelfe ist es mir möglich geworden, das besprochene Privilegium einer gründlicheren Forschung zu unterziehen, wovon sich nachfolgendes Resultat ergab.

Vor Einführung der neuen Jurisdictions-Verfassung stand, wie derzeit in allen deutschen Staaten, auch dem Wiener Universitäts-Consistorium eine eigene Jurisdiction zu. Diese Jurisdiction wurde in Allerhöchst erlassenen Privilegien ausdrücklich bestätiget.

So heißt es bereits in dem Extractus Privilegii a Rudolpho, Alberto et Leopoldo Fratribus, Austriae Ducibus a. 1365 die 12. Martii Universitati Viennensi concessi (C. A. II. Bd. S. 461):

„In hac etiam ordinatione statuentes, omnes Magistros, Studentes et Scolares eorumque Servitores, quos sub suis habent sumtibus, ac ipsorum Bedellos in praenotato loco studiis residentes, eximimus, et absolvimus ab omni Steura (additur in Albertina) Mutuo: (vulgo Darlehen) exactione, onere et servitiis oppidanorum Viennensis Villae, seu oppidi antedicti, quoque eorundem aliquis impeti, seu in jus trahi non debet, pro causa aliqua, corpus, honorem, vel res concernente, coram seculari judice, sed dumtaxat coram Rectore Universitatis, et studii memorati etc.

So liest man auch in dem Extractus Albertinae, seu Privilegii ab Alberto III. Duce Austriae, Universitati Viennensi a. 1384 concessi:

Caeterum in Exemtione Studentium liberaliorum vestigia Principum sequi volentes, ne fortassis de exiguo avaritiae arguamur, aut huiusmodi studium suspicemur, pecuniarum acquirendarum animo erexisse: idcirco mo-

dico illo, quod per Exemtionem Scholarium nostris proventibus subtrahi poterit, pro nihilo reputato, cum id ipsum aliunde in spiritualibus immo utrisque bonis Nobis, et nostris multipliciter re compensari minime dubitemus, liberaliter confirmamus statutum, quo et nunc omnes Magistros, Doctores, Baccalaureos, et scolares dicti nostri studii, eorumque veros servitores et Bedellos absolvimus, ac eximimus ex certa scientia, et tenore praesentium, ab omnibus, steura, mutuo, contributionibus, seu quibusvis aliis exactionibus omnibus aut servitiis oppidanorum villae nostrae Viennensis praefatae, ac aliorum omnium nobis in nostris territoriis subjectorum, quodve nullus eorumdem Magistrorum, vel Scolarium pro quacunque causa corpus, honorem, vel res ipsius concernente quomodolibet impeti, vel in jus trahi debeat, seu valeat coram Iudice seculari etc.

Endlich wurde die Jurisdiction des Wiener Universitäts-Consistoriums auch in dem Extractus Reformationis a Ferdinando I., a. 1551 Emanatae mit den Worten bestätigt:

Impositiones seu exactiones, quos cives nostri a professoribus et studiosis ratione solius artis, professionis, et practicae exigere perhibentur, in praejudicium libertatis scolasticae et contra universitatis nostrae privilegia non esse ferenda, sed abolenda censemus. Ordinantes, ut cives nostri ea studiosorum contributione, quam de bonis suis immobilibus perinde ac aliis cives praestant, merito contenti esse debeant.

Nach diesen Privilegien und nach der Resolution vom 24. Jänner 1537 erstreckte sich die Gerichtsbarkeit des Wiener Universitäts-Consistoriums über alle Jene, die die Universität als Schüler besuchten, und sich ordentlich einschreiben ließen, auf die Professoren, Doctoren, Baccalaureen, Magister, und die in deren Diensten stehenden Pedelle und Diener. Von dieser Gerichtsbarkeit waren jedoch Jene ausgenommen, welche

in Dienste des Bischofes getreten sind, d. i. wie in den Resolutionen vom 18. April 1732 und vom 16. Juny 1732 erklärt wurde, die ein Beneficium, Pension, oder anderen (bischöflichen) Gehalt haben, und nicht bloß im Votiv-Messenlesen ihre Nahrung und Almosen suchen. Auch ein nicht immatrikulirter Student, der jedoch öffentlich die Vorlesungen besucht, und sich über die abgelegten Prüfungen durch Zeugnisse ausweiset, war des forum universitatis während seiner Studienzeit, und nach Ablauf derselben, noch durch fünf Jahre theilhaftig (Gerichts- und Taxordnung vom 28. November 1724, §. 76). Doch blieben sie nur in so lange unter dieser Gerichtsbarkeit, als sie sich gut verhielten (Res. vom 16. May 1752), und weder in einen Staats- oder Partikular-Dienst traten (Res. vom 27. December 1752), noch in den Ritterstand erhoben wurden (Res. vom 9. Jänner 1753); denn über Adelige stand die Gerichtsbarkeit nicht dem Consistorium, sondern der Regierung zu (Res. vom 16. August 1730). Durch die Jurisdictions-Erläuterungsnorm vom 19. Jänner 1754 wurden insbesondere jene von der Universitäts-Jurisdiction ausgenommen, 1.) die in Hof- und Staatsdienste übertreten, es wäre denn, daß sie bloß Supernumerarii, oder bloß mit dem Titel beehret seyen; 2.) der Rector, Decan, Procurator u. dgl., so lange sie ihr Amt verwalten; 3.) die dem Ritterstande verliehene Ausnahme soll nicht auf jene ausgedehnt werden, die nur in den Adelstand mit oder ohne dem Prädicat: „Edler von" erhoben wurden. Wohl aber soll 4.) die Gerichtsbarkeit des Universitäts-Consistoriums auch auf die Witwen und die minderjährigen Kinder übergehen. Gleichgültig war es bey der Frage um die Jurisdiction, ob die gedachten, dem Consistorium unterstehenden Individuen sich in Wien oder außer Wien befinden. Die Gerichtsbarkeit wurde nach dem gemeinen, und nach dem in Oesterreich üblichen Partikularrechte und zum Theil auch nach ganz eigenthümlichen Gesetzen, wie der Gerichtsordnung vom Jahre 1677, erneuert im Jahre 1724, ausgeübt.

Zu diesen Eigenthümlichkeiten gehörte, daß bey der Verlassenschaftsabhandlung der akademischen Mitglieder niemahls ein Mortuar, Sterbtaxe, sondern nur eine Todtenfalls-Tax-Discretion für den Universitäts-Syndicus und Notar abgenommen wurde, es mochte dann der Erbe ein Verwandter in auf- und absteigender Linie, oder ein Seitenverwandter, oder ein Fremder seyn.

Ein besonderer Grund hierfür liegt in den obangezogenen Privilegien, welche die Universität von den landesfürstlichen und städtischen Lasten und Abgaben befreyten, weßhalb ich auch nicht umhin konnte, die hierher bezüglichen Stellen wörtlich aufzuführen.

In den, dem hiesigen Magistrate übergebenen Abhandlungsacten des vormahligen Universitätsgerichtes, findet sich nirgends etwas von Aufrechnung oder Abführung eines Mortuars. Auch in der im Codice Austriaco aufgeführten Wiener Universitäts-Taxordnung vom 28. November 1724, findet sich kein Unterschied zwischen Descendenten und Ascendenten und Seitenverwandten, oder fremden Erben, sondern es wird darin das Maß der Discretionstaxe nur allgemein nach dem Verhältnisse des Erbvermögens, bey den Vermöglichsten auf 12 Species-Ducaten, von den Mittleren auf 12 Species-Thaler, und von den Geringern auf 6 Thaler, als von Alters her gebräuchlich, ausgesprochen.

Auch der Aufenthalt der Universitäts-Mitglieder, sie mochten sich in Wien, oder außer Wien aufhalten, änderte nichts an der Befreyung vom Mortuar. Das Maß der Discretions-Gebühr wurde aber durch ein, von der k. k. niederösterreichischen Landesregierung dem hiesigen Magistrate mitgetheiltes Edict des Wiener Universitäts-Consistorii vom 23. November 1742, in der Art bestimmt, daß von einem Verlassenschaftsvermögen unter 1000 fl. Ein Ducaten, von 1000 fl. bis 6000 fl. drey, von 6000 fl. bis 20,000 fl. sechs, und von 20,000 fl. bis 50,000 fl. zwölf Ducaten abgenommen werden, während die Discretion bey einem noch höheren Ver-

mögensstande von der Abhandlungsinstanz verhältnißmäßig und willkührlich bestimmt wird.

Hiernach hat sich das Privilegium gebildet, daß, **wenn ein nach der ehemahligen Gerichtsverfassung dem foro academico der Wiener Universität zugewiesenes Mitglied in Wien oder außer Wien stirbt, sein Erbe, er mag ein Verwandter in auf- und absteigender Linie, oder ein Seitenverwandter, oder ein Fremder seyn, kein Mortuar, sondern nur eine Discretionstaxe zu entrichten kommt,** die bey einem Verlassenschaftsvermögen unter 1000 fl. Einen, — von 1000 fl. bis 6000 fl. zwey, — von 6000 fl. bis 20,000 fl. drey, — von 20,000 fl. bis 50,000 fl. sechs Ducaten beträgt, und bey einem noch höheren Verlassenschaftsstande verhältnißmäßig und willkührlich von der Abhandlungsinstanz zu bestimmen ist.

Diese Regel gilt noch heut zu Tage, und hieran haben weder die Jurisdictions-Norm vom 27. September 1783, noch spätere Gesetze etwas geändert. Denn das Patent vom 11. April 1782, Nr. 43, §. 8, und die Hofdecrete vom 12. Jänner 1784, Nr. 227, und vom 23. August 1784, Nr. 325, enthalten die ausdrückliche Bestimmung, daß keine Justizbehörde von den durch die neue Jurisdictions-Verfassung ihrer Gerichtsbarkeit zugewachsenen Parteyen in Verwaltung des adeligen Richteramtes höhere Taxen und Giebigkeiten abfordern dürfe, als dieselben bey ihrem vorigen Gerichtsstande zu entrichten verbunden waren, sondern, daß sich hinsichtlich der Taxen in den Geschäften des adeligen Richteramtes lediglich nach der vor der dermahligen Justiz-Regulirung bestandenen Gewohnheit zu achten sey, bis auch die in diesen Geschäften erfolgende allgemeine Taxordnung werde kundgemacht werden. Auch das Hofdecret vom 23. August 1784 erklärt, daß sich in den Geschäften des adeligen Richteramtes in Hinsicht auf die Gebühren so lange nach der früheren Gewohnheit zu achten sey, bis eine allgemeine dießfällige Taxordnung werde kundgemacht werden.

Am 13. September 1787 ist zwar eine solche allgemeine Taxordnuug in Geschäften des adeligen Richteramtes kundgemacht worden; allein sie enthält keine Bestimmung über das Mortuar, kann also auch in Bezug auf dasselbe nicht für eine an die Stelle der früheren Normen getretene Maßgabe angesehen werden. Eine Aufhebung der gedachten Bestätigungen der früheren Gewohnheiten durch die neue Taxordnung, läßt sich um so weniger annehmen, als man sonst auch folgern müßte, daß hinsichtlich der durch die Jurisdictionsnorm den Ortsgerichten neu zugewachsenen Parteyen, über das Mortuar seit 13. September 1787 gar keine gesetzliche Bestimmung bestehe. Die über den Bezug des Mortuars ehemahls bestandenen Gewohnheiten und Privilegien stehen also auch noch heut zu Tage aufrecht, in Rechtskraft, und so wie jedes Gesetz, als eine Norm für künftige Fälle nicht auf die Gegenwart beschränkt ist, eben so wenig kann die zu Gunsten der akademischen Mitglieder hergebrachte Mortuarsbefreyung als auf jene Individuen beschränkt angesehen werden, die vielleicht bereits ehemahls dem foro academico unterstanden, oder bey Erlassung der dießfälligen bestätigenden Declaratorien sich am Leben befanden, da dieselben von einer solchen Beschränkung durchaus nichts enthalten. Zudem ist der gesetzliche Fortbestand dieser Mortuarsbefreyung, auch in dem Hofdecrete vom 13. August 1795, Nr. 249, und vom 26. März 1799 ausdrücklich und unbedingt ausgesprochen, und nur die Res. vom 18. July 1788 statuirt eine Ausnahme, die im Verfolge angemerkt werden wird.

Allein eben diese zwey Hofdecrete haben durch eine, ohne Rückblick auf den geschichtlichen Zusammenhang voreilig versuchte Interpretation, zu der Eingangs angeführten Darstellung verleitet. Das Hofdecret vom 13. August 1795 lautet nämlich:

In Rücksicht der Verlassenschaften der vormahls unter dem foro academico gestandenen Parteyen, hat es sowohl bey dem Benehmen des nieder-österreichischen Landrechtes, so von derley

Verlassenschaften das Mortuar bezieht, in Folge der **Resolution** vom 18. July 1788, als bey dem Benehmen des **Wiener**-Magistrates, so von derley Verlassenschaften, so wie **sie der** auf- oder absteigenden Linie eines akademischen Mitgliedes zufallen, kein Mortuar abnimmt, in Folge der Resolution **vom** 23. August 1784 sein Verbleiben.

In demselben Geiste erklärte auch das Hofdecret vom 26. März 1799: Nachdem bey dem wienerischen Stadtmagistrate nun diese Uebung auch durch das Hofdecret vom 13. August 1795 bestätiget ist, daß von den Verlassenschaften, welche vorhin dem foro academico Universitatis zugewiesen gewesen, und nach Aufhebung desselben unter die Jurisdiction des Magistrates gekommen sind, in jenem Falle kein Mortuarium abgenommen werde, wenn die Verlassenschaften der auf- oder absteigenden Linie zufallen, so hat es dabey auch zu bewenden.

Wer nämlich diese Hofdecrete für mehr, denn als Declaratorien in einem einzelnen zur Sprache gekommenen concreten Falle ansieht, wer sie als vollständige und ausschließende Normen betrachtet, und allein an ihrem Wortlaute klebt, ohne in ihre Tendenz zu dringen, wird dahin irre geführt, daß die Mortuarsbefreyung nur bey dem Wienermagistrate gelte, und daß sie insbesonders nur dann in Anwendung komme, wenn der Erbe ein Descendent oder Ascendent des Erblassers, und der Erblasser ein akademisches Mitglied oder ein immatrikulirter Doctor ist. Allein in Declaratorien, wie die besprochenen zwey Hofdecrete sind, darf man ja nicht mehr suchen, als sie wirklich bezielten. Diese zwey Hofdecrete bestätigten die übliche Mortuarsbefreyung, sind aber nicht selbst das Befreyungs-Privilegium. Nicht sie bestimmen, wann und in wieferne eine Mortuarsbefreyung eintrete; denn diese Bestimmung findet sich in der Gerichtspraxis des Wiener Universitäts-Consistoriums, und in den der Wiener Universität verliehenen Allerhöchsten Privilegien. Sie weisen nur darauf hin, und so wie das Referens nicht für sich allein, abgerissen, sondern nur im Zusammenhange mit dem Relatum verstanden werden kann, so müssen

auch diese zwey Hofdecrete wohl im Zusammenhange mit jenen Normen erwogen werden, welche eigentlich von der Mortuarsbefreyung handeln. Daß diese Hofdecrete bloß Bestätigungen des rücksichtlich der Mortuarsbefreyung bestandenen Herkommens sind, bezeugt ihr Wortlaut, und die ausdrückliche Verweisung des Hofdecretes vom 13. August 1795, auf die Resolution vom 23. August 1784, und die Verweisung des Hofdecretes vom 26. März 1799 wieder auf das so eben gedachte Hofdecret vom 13. August 1795.

Daß bey dem Landrechte diese Mortuarsbefreyung nicht anerkannt wird, ist aus dem Gesagten wohl zu erklären. Denn die demselben unterstehenden Geistlichen und Adeligen vom Ritterstande an, waren erst durch spätere Resolutionen von der Universitäts-Jurisdiction jener des Landrechts (damahls Regierung) zugewiesen. Schon nach den bisher entwickelten Gesetzen hätten sich nur noch die Votivanten und die Adeligen bis zum Ritterstande ausschließungsweise, als ehemahls zum Universitäts-Consistorium gehörig gewesene Mitglieder, der Mortuarsbefreyung zu erfreuen. Allein dieses ihnen verbliebene Privilegium ist gleichwohl durch die Res. vom 18. July 1788 aufgehoben worden, indem dadurch verordnet wurde, das Mortuar sey von allen durch die Landrechte abgehandelt werdenden Verlassenschaften ohne Ausnahme abzunehmen.

Außerdem, und rücksichtlich anderer Gerichte, ist mir keine Derogirung des entwickelten Universitäts-Privilegiums bekannt. Es muß daher nicht nur von dem hiesigen Magistrate, sondern auch von allen Ortsgerichten anerkannt werden.

Wenn die Hofdecrete vom 13. August 1795, und vom 26. August 1799 nur von dem Falle sprechen, als die Verlassenschaft der Verwandten in auf- oder absteigender Linie zufällt, so kann doch daraus noch keine Beschränkung auf dieselben gefolgert werden. Wären diese Declaratorien auch gar nie erflossen, so bestünde dennoch das Privilegium im vollen Umfange aufrecht. Nachdem nun die Aufrechterhaltung desselben nur bey Descendenten und Ascendenten eigens in die

Frage gestellt war, wie die Textirung dieser Hofdecrete beweiset, so konnte in den gedachten Hofdecreten nur für diesen Fall eine Bestätigung erfolgen.

Allein man kann auch nicht behaupten, daß sie den Seitenverwandten oder fremden Erben verweigert worden. Es blieb also in Rücksicht ihrer bey dem Herkommen, weil einmahl erlassene Gesetze, wohin auch Prilegien (leges privatae) gehören, in so lange gelten, bis sie in der Folge ausdrücklich aufgehoben werden, oder spätere Gesetze über den nämlichen Gegenstand, und in derselben Beziehung so an ihre Stelle gesetzt werden, daß sie nicht wohl neben einander bestehen können, von welchen beyden Wechselfällen hier keiner eintritt[1]).

---

[1]) S. Prof. Wagner's Quellenverhältniß §. 20.

XLIII.

Ueber die Bedeutung des in dem §. 83 des I. und in dem §. 81 des II. Theils des St. G. B. vorkommenden Ausdruckes: Rückkehr.

Vom

Herrn Dr. Eduard Tomaschek,

Supplenten der politischen Wissenschaften und der politischen Gesetzkunde an der Universität zu Wien, und an der k. k. Theresianischen Ritter-Akademie, Concepts-Prakticanten der k. k. Hof- und nieder-österr. Kammer-Procuratur.

Der Ausdruck „Rückkehr" ist nicht ohne Zweydeutigkeit. Der gemeine Sprachgebrauch versteht darunter eben sowohl den Inbegriff jener Ortsveränderungen, welche vorgenommen werden, um an einen als Ziel gesetzten Ort zu gelangen, als auch den Erfolg dieser Bestrebungen. In dem ersten Sinne wird das Wort „Rückkehr" genommen, wenn man z. B. sagt: ich wurde auf meiner Rückkehr nach Wien in Prag von einem heftigen Fieber befallen; in der zweyten Bedeutung erscheint es, wenn ich erzähle: Die Rückkehr des A wurde als ein großes Fest gefeyert. — Welche dieser beyden Bedeutungen unser Strafgesetz im §. 83 des I. und §. 81 des II. Theils dem Worte Rückkehr beylegt, ist nicht ganz außer Zweifel, und doch ist es, besonders bey der schweren Polizey-Uebertretung der Reversion nicht gleichgültig, ob man es in der ersten oder zweiten der oben angeführten Bedeutungen nimmt. Denn versteht man darunter die Handlung des Zurückreisens, so würde der Abgeschaffte,

wenn er sich auf der Reise eines andern besänne, und umkehrte, bevor er den Bezirk betreten, aus dem er abgeschafft worden war, nicht straflos seyn; während die freywillige Einstellung der Weiterreise allerdings seine Straflosigkeit bewirken würde, wenn man unter Rückkehr die Wiederankunft versteht; weil im ersten Falle die schwere Polizey-Uebertretung der Reversion schon durch den Antritt der Rückreise vollbracht wäre, in dem zweyten Falle aber die Handlung des Hinreisens nur einen Versuch der Rückkehr constituiren würde. Daß übrigens auch bey der ersten Bedeutung gewisse Handlungen sich denken lassen, welche noch nicht in dem Beginne des Zurückkehrens bestehen, aber dennoch dazu führende Handlungen sind, mit anderen Worten, daß auch bey dieser Bedeutung der Begriff eines Versuches nicht ausgeschlossen ist, bedarf keines Beweises.

Für das Verbrechen der Rückkehr eines Verwiesenen verlohnt es sich nicht der Mühe, auszumitteln, in welchem Sinne der §. 83 des St. G. I. Theils [1]), das Wort Rückkehr genommen habe, indem es hier gar keinen Unterschied macht, ob man das Zurückreisen als einen Versuch oder als das vollbrachte Verbrechen ansieht. — Denn da von einer Bestrafung des Verwiesenen nach unseren Gesetzen keine Rede seyn kann, wenn er nicht im Inlande betreten wird, so setzt dieselbe stets die Wiederankunft in dem österreichischen Staatsgebiethe voraus, diese ist aber das vollbrachte Verbrechen der Rückkehr. Es könnte daher höchstens dann diese Frage praktisch werden, wenn der Zurückgekehrte, und nun wegen seiner Rückkehr in Untersuchung Gezogene eingestände, oder sonst gegen ihn erwiesen würde, daß er schon früher, jedoch ohne Erfolg den Versuch gemacht habe, die österreichische Gränze zu überschreiten.

Allein selbst in diesem Falle ist es ganz gleichgültig, ob man in der Handlung des Rückreisens einen bloßen Versuch

---

[1]) Der §. 83 lautet: Wenn Jemand, der aus den Ländern, worauf sich dieses Gesetz erstreckt, eines Verbrechens wegen verwiesen ist, unter was immer für einem Vorwande in eines derselben zurückkehret, ist diese Rückkehr ein Verbrechen.

oder schon die vollbrachte Rückkehr sieht, weil er für keinen Fall deßhalb bestraft werden darf. Denn das Verbrechen der Rückkehr setzt als Subject immer einen Ausländer voraus, und da die Verweisung immer über die Landesgränze hinaus geschieht, so wird die Handlung der Rückreise bis zu dem Augenblicke, wo er an der Landesgränze ankommt, im Auslande unternommen. Ein Ausländer wird aber wegen eines im Auslande begangenen Verbrechens nur dann nach unseren Gesetzen bestraft, wenn es auf die Verfassung, auf die öffentlichen Creditspapiere, oder auf das Münzwesen unseres Staates Einfluß hat. Da dieß bey der Rückkehr eines Verwiesenen nicht der Fall ist, und es ganz umsonst seyn dürfte, nach der Vorschrift des §. 33 sich mit dem Staate, aus welchem er nach Oesterreich zurückzukehren versuchte, über die Auslieferung desselben ins Einvernehmen zu setzen, indem der auswärtige Staat wohl schwerlich diesen Versuch bestrafen wird, oder zu bestrafen Ursache hat, so kommt die Vorschrift des §. 34 in Anwendung, welcher bestimmt, daß der Ausländer nur dann nach österreichischen Gesetzen bestraft werde, wenn nach dem Strafgesetze des Ortes, wo er die That begangen hat, die Behandlung nicht gelinder ausfiele.

Meines Wissens ist aber in keinem ausländischen Strafgesetze die Rückkehr eines aus Oesterreich Verwiesenen nach diesem Staate als eine strafbare Handlung erklärt. Es werden daher immer die Gesetze des Ortes, wo er sich zur Rückkehr angeschickt hat, indem sie gegen ihn deßhalb gar keine Strafe verhängen, gelinder seyn, als die österreichischen Strafgesetze, nach welchen er mit der Ausstellung auf der Schandbühne, mit schwerem Kerker zwischen sechs Monathen und einem Jahre, und mit Landesverweisung bestraft wird. Er darf daher wegen seiner Rückkehr, so lange er den inländischen Boden nicht betreten hat, mag man nun hierin einen bloßen Versuch oder schon die vollendete Thathandlung sehen, nicht nach österreichischen, sondern muß nach den ausländischen Gesetzen behandelt werden. Er bleibt somit straflos.

Es gibt also keinen strafbaren Versuch der Rückkehr eines Verwiesenen, und es kann eine Bestrafung wegen dieses Verbrechens überhaupt nur dann eintreten, wenn der Verwiesene die Rückreise vollbracht, und sich längere oder kürzere Zeit innerhalb der inländischen Gränzen befunden hat. Hierdurch ist aber auch erwiesen, daß eine weitläufigere Untersuchung, in welchem Sinne das Wort „Rückkehr," im §. 83 des I. Theils des St. G., genommen werden müsse, für das Verbrechen der Rückkehr eines Verwiesenen nicht von praktischem Interesse sey. Es könnte höchstens für die Theorie die, aus dem Gesagten resultirende, Bemerkung nicht uninteressant seyn, daß der Versuch der Rückkehr eines Verwiesenen eine Ausnahme von der Regel des §. 7 des I. Theils des St. G. B. begründet.

In Beziehung auf die schwere Polizey-Uebertretung der Rückkehr eines Abgeschafften, ist es aus dem oben angedeuteten Grunde keineswegs gleichgültig, ob man unter Rückkehr das Sichzurückbegeben, oder das Wiederanlangen an einem Orte versteht. — Schon im Eingange ward bemerkt, daß der gemeine Sprachgebrauch sich hier nicht präcise genug ausspricht. Diese Unbestimmtheit ist eben die Quelle des sich ergebenden Zweifels, und von ihm kann eben deßhalb die Lösung desselben, wenigstens unmittelbar, nicht erwartet werden.

Die, die schwere Polizey-Uebertretung der Reversion behandelnden, zwey Paragraphe des II. Theils des St. G. B.[1]),

[1]) Sie lauten:

§. 81 die Rückkehr eines durch die Polizeybehörden aus den sämmtlichen Erbländern Abgeschafften, soll das erste Mahl mit Arrest von einem bis zu drey Monathen, bey Wiederholung mit strengem Arreste von drey bis sechs Monathen bestraft werden.

§. 82. Derjenige, welcher aus einer Provinz, aus einem bestimmten Orte auf beständig oder auf eine gewisse Zeit abgeschafft worden, wenn er im ersten Falle jemahls, im zweyten Falle vor Verlauf der gesetzten Zeit wiederkehrt, ist mit Arrest von einem bis zu drey Monathen, bey wiederholter Betretung mit eben so langem, strengem Arreste zu bestrafen.

biethen zur Ausmittlung des dießfälligen gesetzlichen Sprachgebrauches weniger Anhaltspuncte dar, als der §. 83 des I. Theils. Da es jedoch keinem Anstande unterliegt, daß das Wort Rückkehr bey dem Verbrechen und der schweren Polizey-Uebertretung denselben Sinn habe, und daß auch die Ausdrücke „zurückkehrt" und „wiederkehrt" von dem Gesetze als gleichbedeutend angesehen werden, so will ich es versuchen, die §§. 83 und 84 des I. Theils zu dem nächst vorliegenden Zwecke zu benützen, und hierbey wird es sich zeigen, daß die vorangehenden Betrachtungen über den Versuch des Verbrechens der Rückkehr, doch mittelbar durch Anwendung auf die schwere Polizey-Uebertretung der Reversion, praktischen Nutzen haben, um so mehr, als die meisten der, auf die Rückkehr der Abgeschafften Bezug habenden, nachträglichen Verordnungen zu diesem Ende keine sicheren Anhaltspunkte gewähren.

Dem ersten Anblicke nach scheint der §. 83 des I. Theils einen Beleg der Meinung abzugeben, daß unter Rückkehr nicht bloß die Wiederankunft, sondern auch die zu diesem Zwecke begonnene Handlung des Sichzurückbegebens zu verstehen sey. Denn, so unbestimmt der Sprachgebrauch in Beziehung auf das Substantiv: Rückkehr ist, so bestimmt ist er hinsichtlich des Zeitwortes: Zurückkehren. Man denkt sich unter diesem das thätige Streben, an einen bestimmten Ort zu kommen, nicht aber den Erfolg dieses Strebens. Wenn Jemand nach einer langen Reise in Wien angekommen ist, und sich da aufhält, so kann er nicht sagen: ich kehre nach Wien zurück, sondern er muß sich vielmehr des Perfectums: Ich bin zurückgekehrt, bedienen. Das Seyn an einem Orte setzt das vollendete Zurückkehren voraus, die Wiederankunft ist nun nichts anders, als der Beginn des Seyns an einem Orte, ist mithin mit dem Zurückkehren nicht identisch. Der §. 83 deutet durch die Worte „diese Rückkehr" auf das vorausgehende „zurückkehrt" hin, und es hat daher das Wort Rückkehr denselben Sinn, als wenn es hieße: „so ist dieses Zurückkehren ein Verbrechen."

So viel diese Ansicht für sich zu haben scheint, so halte ich doch die entgegengesetzte für die richtige. Denn, wenn sich auch nicht in Abrede stellen läßt, daß das Zurückkehren einen Inbegriff von Ortsveränderungen bedeute, vorgenommen mit der Absicht, an einen bestimmten Ort zu gelangen; so ist dadurch doch das Befinden an diesem Orte nicht ganz ausgeschlossen. Es ist vielmehr eine Bewegung zwischen zwey Punkten, welche erst dann vollendet ist, wenn der Zielpunkt erreicht worden ist. Erst mit dem Eintreffen in einem Orte hört die Handlung des Zurückkehrens auf. Es ist richtig, daß „Zurückkehren" mit „sich an einem Orte befinden" nicht identisch sey, allein beyde Begriffe haben ein Moment mit einander gemein, das sie verbindet. Das Ankommen an einem Ort nämlich ist zugleich das Ende des Zurückkehrens und der Anfang des neuerlichen Aufenthaltes an diesem Orte. Die Worte: wenn Jemand in eines dieser Länder zurückkehrt, können daher auch den Sinn haben: wenn ein Verwiesener in diese Länder zurückkommt, oder in diesen Ländern wiederankommt. Es verlieren hierdurch die Gründe für die entgegengesetzte Meinung wenigstens insofern an Gewicht, als durch das Gesagte erwiesen seyn dürfte, daß auch das Wort: „zurückkehrt" einen Doppelsinn eben so wenig ausschließt, als das Substantiv: Rückkehr.

Eine directe Begründung der hier ausgesprochenen Ansicht kann zum Theile aus dem oben Gesagten hergeholt werden. — Wenn der §. 84 des I. Theils des St. G. B. sagt: „Ein solcher Verbrecher soll auf der Schandbühne ausgestellt, mit schwerem Kerker zwischen sechs Monathen und einem Jahre bestraft, und nach vollendeter Strafzeit abermahl verwiesen werden," und wenn unter „einem solchen Verbrecher" im Zusammenhange mit dem §. 83 nur derjenige verstanden werden kann, welcher in eines der Länder — woraus er eines Verbrechens wegen verwiesen wurde — zurückkehrt, so ergibt sich, daß hier das Wort „zurückkehrt" mit dem Perfect: zurückgekehrt ist" gleichbedeutend ist. Denn abgesehen davon, daß

die Natur der im §. 84 verhängten Strafe der abermahligen Verweisung das Wiederanlangen auf österreichischem Gebiethe voraussetzt, so konnte es wohl nie die Absicht des Gesetzgebers seyn, schon das Beginnen der Handlung des Zurückkehrens als Verbrechen ansehen und strafen zu wollen, indem einerseits, wie oben gezeigt wurde, ein solcher Fall schwerlich zur Untersuchung vor ein inländisches Criminalgericht kommen wird, anderseits er schon in den §§. 32 — 34 seinen Willen ausgesprochen hat, eine im Auslande von einem Ausländer unternommene strafbare Handlung in der Regel nicht nach österreichischen Gesetzen zu strafen, wozu er auch bey dem in Frage stehenden Verbrechen kaum irgend ein hinreichendes Motiv hätte.

Eine fernere Begründung meiner Behauptung liegt in der Regierungs-Verordnung vom 29. Februar 1804, Z. 126 [1]), welche bestimmt: daß, wenn ein auf Abschaffung (aus der Provinz) lautendes Urtheil von der Landesstelle in Folge des §. 402 bereits bestätiget und vollzogen worden ist, der Abgeschaffte aber nach der Hand wieder zurückkehrt, das gegen ihn gefällte neue (wieder auf Abschaffung lautende) Urtheil keiner weiteren Bestätigung der Landesstelle bedarf. — Daß hier das Wort „zurückkehrt" so viel heißt, als „zurückgekehrt ist," und daher die Ueberschreitung der Provinzialgränze und das Wiederankommen des Abgeschafften in der Provinz voraussetzt, aus welcher er abgeschafft wurde, bedarf kaum einer Erwähnung; denn, wenn er bloß wegen der unternommenen Rückkehr aufgegriffen, und er bloß dieserwegen zur Verantwortung gezogen würde, so könnte sicher von einer (der Bestätigung der Landesstelle bedürfenden) Abschaffung aus der Provinz, gar keine Rede seyn.

Ueber jeden Anstand erhoben wird aber die bisher vertheidigte Ansicht durch die Vergleichung des §. 84 des I. Theils

---

[1]) S. den Commentar des Herrn Regierungsrathes und Professors Kudler II. B. S. 207.

des St. G. mit dem sonst ganz gleichlautenden §. 81 des II. Theils des Jos. St. G.: „Wenn Jemand, der aus sämmtlichen Ländern der österreichischen Staaten abgeschafft worden, unter was immer für einem Vorwande zurückkehrt, ohne vorläufig die Nachsicht dieser Abschaffung bewirket zu haben, so ist diese Wiederkehr ein politisches Verbrechen, wenn gleich des Revertenten Betragen seit seiner Rückkehr ordentlich und ohne Ausstellung gewesen ist." Es ist offenbar, daß das Wort „Rückkehr" hier das Wiederankommen bezeichne, und diese Bedeutung, da man bey Verfassung des §. 83 des I. Thls. des St. G. diesen Paragraph des Jos. St. G. sichtlich vor den Augen hatte, auch in das jetzt geltende St. G. B. übergegangen sey. Daß aber in den §§. 81 und 82 des II. Theils die Worte „Rückkehr" und „wiederkehrt" mit den im §. 83 des I. Theils vorkommenden entsprechenden Ausdrücken denselben Sinn haben, dürfte ohne weitere Begründung zugegeben werden.

XLIV.

Ueber die Execution des Erbrechtes und der einzelnen Verlassenschaftsstücke.

Vom

Herrn Dr. Ignaz Wildner,

supplirenden Professor der Rechte, und Conceptsbeamten der k. k. Hofkammer=Procuratur.

Ich weiß wohl, daß dieser Gegenstand schon zur Sprache gekommen ist; allein das hohe Interesse des Rechts dürfte mich entschuldigen, wenn ich ihn hier wieder, und zwar mit Resultaten aufnehme, welche mit den früher schon veröffentlichten theilweise im Widerspruche stehen. Die Aufschrift schon deutet die Spaltung der Aufgabe in zwey Theile an.

I. Von der Execution des Erbrechtes.

Zwey Fragen bringen sich da von selbst auf, nämlich a): ist die Execution auf das Erbrecht des Schuldners nach österreichischen Gesetzen zulässig? und b): welche ist die Form dieser Execution?

a) Daß die Sache, welche der Execution unterzogen werden soll, eine dem Schuldner gehörige, und von Werth seyn müsse, dürfte wohl Niemand bezweifeln, indem der Schuldner und niemand Anderer zu zahlen die Rechtspflicht hat, folglich auch bloß ein ihm Gehöriges dazu ver=

wendet werden darf, und indem eine Sache ohne Werth keine Zahlung bewirkt, folglich die Execution mit derselben ein zweckloser und somit unvernünftiger Act wäre. Es ist nun zu untersuchen, ob das dem Schuldner wenigstens angefallene Erbrecht diese Eigenschaften an sich habe. Da es ein Recht ist, die ganze Verlassenschaft oder einen in Bezug auf die ganze Verlassenschaft bestimmten Theil derselben in Besitz zu nehmen; so fällt dasselbe unter die Kategorie von Sachen (§. 298 des a. b. G. B.). Da ferner der Schuldner das ihm angefallene Erbrecht auch vor der Erbserklärung auf seine Erben überträgt (§. 809 des a. b. G. B.), folglich auch darüber von Todeswegen verfügen darf; da es ihm weiters frey steht, dasselbe selbst unter Lebenden zu veräußern (§. 1278 des a. b. G. B.): so sollte es wohl unbezweifelt seyn, daß dieses auch nur angefallene Erbrecht eine dem Schuldner gehörige Sache sey, und daß ihm ein Werth zukomme, ist wohl der Regel nach gewiß; mithin hat schon das angefallene Erbrecht, um so mehr das durch die Erbserklärung erworbene alle Eigenschaften, welche es zur Execution fähig machen, und ist es zu dieser fähig, dann hat der Gläubiger — seine Forderung als vollständig formalisirt vorausgesetzt — gewiß das Recht, es in die Execution zu ziehen. Diese im Wesen eines Erbrechts liegende Argumentation wird aber noch mehr gestützt durch folgende Betrachtung: Der §. 1278 des a. b. G. B. gestattet dem Erben, die ihm auch bloß angefallene Erbschaft zu verkaufen; was aber vom Verkaufe überhaupt gilt, gilt auch vom gerichtlichen Verkaufe (§. 1089 des a. b. G. B.), folglich ist die auch bloß angefallene Erbschaft ein Gegenstand des gerichtlichen Verkaufes, d. h. der Execution, so wie des Verkaufes überhaupt. Endlich kann nach §. 822 des a. b. G. B. schon das angefallene Erbgut mit Pfändung oder Vormerkung belegt werden; die Pfändung begreift aber nach §. 449 des a. b. G. B. auch die gerichtliche unter sich, die gerichtliche Pfändung ist aber ein Schritt der Execution (Hofdecret vom 18. April 1785, Zahl 409),

folglich kann das bloß angefallene Erbrecht nach österreichischen Gesetzen exequirt werden.

Nach Anführung dieser directen Gründe für die Ansicht der Exequirbarkeit des Erbrechtes in Oesterreich, soweit da das a. b. G. B. gilt, ist es an der Zeit, die Gründe der entgegengesetzten Ansicht zu würdigen. Auch diese Ansicht geht von der Major aus, daß nur dem Schuldner gehörige Sachen in die Execution gezogen werden dürfen. Darunter wird nun subsumirt: die Verlassenschaft sey vor der Einantwortung kein Eigenthum des Erben (§. 797 des a. b. G. B.). Dieser habe vor derselben kein Recht, mit der Substanz der Verlassenschaftsgegenstände zu verfügen; er habe auch kein erworbenes, sondern nur ein angefallenes Recht, folglich sey vor der Einantwortung keine Execution des Erbrechtes möglich, und nach der Einantwortung sey nur mehr eine Execution der dem Schuldner gehörigen Güter gedenkbar, aber keine des Erbrechts. An dieser Argumentation ist nach meinem Ermessen nichts auszustellen, als die Verdrehung der Rechtsfrage (mutatio elenchi). Vor der Einantwortung hat wohl der Erbe kein Eigenthumsrecht über die einzelnen Verlassenschaftsstücke, und also auch nicht über die Verlassenschaft, da diese alle einzelnen Stücke in sich begreift; allein es frägt sich ja nicht um die Execution der einzelnen Verlassenschaftsstücke und der Verlassenschaft, sondern um das Recht auf alle sammt und sonders, denn nur dieses ist das Erbrecht, dieses aber ist schon vor aller Einantwortung erworben, und dem Erben zuständig. Ich will da absehen, daß mit der Erbserklärung, welche doch vor der Einantwortung erfolgt, das Erbrecht (wenn auch nicht das Eigenthum der einzelnen Verlassenschaftsgegenstände) unbezweifelt erworben ist, folglich selbst schon nach obiger Major einen Gegenstand der Execution bildet; ich will vielmehr nur von dem angefallenen Erbrechte sprechen. Dasselbe besteht in dem Rechte, die ganze Verlassenschaft oder einen in Bezug auf die ganze Verlassenschaft bestimmten Theil derselben in Besitz zu nehmen; diese Merkmahle bilden das Wesen dessel-

ben. Nun darf aber der Erbe, wie oben nachgewiesen ist, das Erbrecht frey veräußern, auf seine Erben übertragen, sich desselben entschlagen, d. h. er darf mit der Substanz desselben verfügen, d. h. er hat das Erbrecht erworben, und in seinem (objectiven) Eigenthume. Daß dieses ohne Willenserklärung von Seite des Erben geschehe, darf uns nicht befremden, denn auch der Legatar erwirbt bloß mit dem Tode des Testators das Recht auf das Vermächtniß (wenn auch noch nicht das Eigenthumsrecht der unbeweglichen Legate) §. 684 des a. b. G. B., warum soll es bey dem Erben und dem Erbrechte anders seyn? Ist aber das Erbrecht durch den Anfall schon erworben und im Eigenthume des Erben; so ist es nach der Major unwidersprechlich ein Gegenstand der Execution.

Das oben aus dem §. 822 des a. b. G. B. für mich hergeleitete Argument wird überdieß durch das folgende bedroht: Das Gesetz habe dort, nach dem zweyten Absatze zu schließen [1]), den Gläubigern des Erben nur ein Sicherstellungsmittel gewähren wollen, keineswegs sey aber die dort gestattete Pfändung oder Vormerkung als ein eigentlicher Executionsact zu deuten. Allein das Wort: „Sicherstellung" ist schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauche von so weiter Bedeutung, daß auch eine executive Pfändung darunter paßt, denn auch durch diese letzte wird es mehr wahrscheinlich, daß der Gläubiger ganz zu seinem Rechtsobjecte gelangen werde; d. h. dieses Rechtsobject wird ihm sicher gemacht, oder sichergestellt. Dieser weite Sprachgebrauch ist aber auch in unseren Gesetzen anerkannt; ich verweise vor Allem auf das Ende des §. 298 der a. G. O., welches davon spricht, daß die Execution bis zur Sicherstellung (inclusive, wie es Jeder verstehen muß) ertheilt werde; mithin gibt es eine Sicher-

[1]) „Eine solche Sicherstellung kann jedoch nicht anders, als mit dem ausdrücklichen Vorbehalte ertheilt werden, daß sie den bey der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig, und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam seyn solle."

stellung, welche den Executionsschritt der Pfändung unter sich begreift; eben so subsumirt der §. 1373 des a. b. G. B. die Pfändung offenbar unter die Sicherstellung, wenn er bestimmt: „Wer verbunden ist, eine Sicherstellung zu leisten, muß diese Verbindlichkeit durch ein Handpfand, oder durch eine Hypothek erfüllen;" was aber von der Pfändung überhaupt gilt, gilt auch von der gerichtlichen, folglich paßt auch diese unter den Begriff der Sicherstellung. Aus Diesem läßt sich schon schließen, daß der Ausdruck „Sicherstellung" im §. 822 des a. b. G. B. die executive Pfändung nicht ausschließen kann; und daß er es nicht thue, beweisen die Worte desselben. Nachdem nämlich im ersten Satze der Verboth, die Pfändung und Vormerkung aufgeführt sind, fährt der zweyte Satz fort: „eine solche Sicherstellung — d. h. also nach der deutschen Sprachlehre: ein solcher Verboth, eine solche Pfändung, eine solche Vormerkung — kann nicht anders ertheilt werden;" mithin begreift ja auch hier ohne Zweifel das Wort „Sicherstellung" die Pfändung, also auch die gerichtliche Pfändung unter sich; mithin ist im Nachsatze des §. 822 durchaus keine Limitirung des Vorsatzes enthalten, sondern eine volle Fort- und Ausführung desselben. Es bleibt also auch nach dem zweyten Satze desselben wahr, daß auf das angefallene Erbgut eine gerichtliche Pfändung geführt, d. h. daß es in Execution gezogen werden dürfe[1]).

---

[1]) Man könnte in der gegentheiligen Abhandlung über diese Streitfrage sogar eine Inconsequenz aufdecken. Es wird nämlich anfänglich behauptet, daß im §. 822 keine executive Pfändung verstanden sey, später aber erwähnt, daß nach der Einantwortung sogleich die Schätzung angesucht werden könne, die doch nicht möglich ist, ohne daß eine executive Pfändung vorherging! Eine Berufung auf die Gesetze de illatis und invectis dürfte auch keinen Beleg für die Zulässigkeit des Ueberspringens eines Executionsschrittes liefern. Denn abgesehen, daß in diesen Gesetzen keine Spur davon zu finden, und die gerichtliche Beschreibung aus-

So gewiß es nun schon nach den Quellen, welche zur Zeit der Aeußerung der gegentheiligen Ansicht bestanden, ist, daß das Erbrecht in Execution gezogen werden darf, so deutlich erhellet dieses aus einer neueren, erst später erschienenen Verfügung: „Seine Majestät haben durch Allerhöchste Entschließung vom 27. April 1835 zu erkennen befunden: daß die Anordnung des Hofdecrets vom 11. September 1784, Z. 336 der Justizgesetzsammlung lit. b), und des §. 145 der Galizischen, so wie des §. 137 der Italienischen Gerichtsordnung, auch auf ein dem Cridatar noch vor der Beendigung der Concursverhandlung, und so lange während derselben alle angemeldeten Gläubiger mit ihren liquidirten Forderungen nicht völlig befriedigt worden sind, angefallenes Erbrecht oder Vermächtniß zu verstehen sey, daher dem Masseverwalter das Befugniß zustehe, zu einer solchen Erbschaft die Erbserklärung mit dem Vorbehalte des Inventars zu überreichen, und das Vermächtniß anzunehmen." Der Concurs ist nun, selbst nach gesetzlichen Ausdrücken nichts anders, als eine Universalexecution. Kann also das angefallene Erbrecht in die Universalexecution einbezogen werden, so kann es auch in eine andere Execution kommen, weil kein Grund abzusehen ist, die Gläubiger im Concurse zu bevorzugen!

b) Unterliegt das Ob? der Execution des Erbrechts so manchem Bedenken; so dürften sich wohl nicht wenigere rücksichtlich des Wie? derselben erheben. Daß der Zweck der Execution des Erbrechtes fast einzig der seyn könne, eine bestimmte Summe Geldes für den Gläubiger aufzubringen, dürfte zugegeben werden. Zu diesem Ziele ist aber der executive Verkauf des Erbrechts das nächste Mittel, welcher wieder nicht ohne gerichtliche Schätzung und Pfändung vor sich gehen kann, wie aus dem §. 340 u. d. f. der a. G. O. hinlänglich erhellet, indem das Erbrecht, als Recht, unter die fahrenden Güter gehört. Wie ist

---

drücklich angeordnet ist; so könnte man auch von Einem Ausnahmsfalle nicht auf den andern argumentiren.

nun diese gerichtliche Pfändung vorzunehmen? Der Exequent hat zwar nach §. 340 im Executionsgesuche das Erbrecht, auf welches er die Execution führen will, namhaft zu machen, und der Richter hat über dieses Gesuch die gerichtliche Pfändung des Erbrechts zu verwilligen (§. 341 der a. G. O.). Der Gerichtsdiener hat sich mit dieser Verwilligung zu dem Executen zu verfügen, und ihm eine Abschrift derselben zuzustellen (§. 342 der a. G. O.). So weit unterliegt die Form der Execution keinem Anstande. Allein! soll der Gerichtsdiener nach dem Endsatze des §. 342 der a. G. O. eine Beschreibung des Erbrechtes vornehmen? wie ist diese gedenkbar? oder ist sie, so weit sie gedenkbar ist, nicht ein überflüssiger Act? unterbleibt sie aber, wie kann dann das Pfandrecht auf das Erbrecht wirklich erlangt werden, da der §. 342 der a. G. O. am Ende bestimmt, daß diese Erlangung des Pfandrechtes durch die Beschreibung selbst vor sich gehe? Eine Beschreibung der einzelnen Verlassenschaftsgegenstände aber vorzunehmen, würde eine Execution auf diese, nicht aber auf das Erbrecht selbst seyn! Indessen lassen sich diese Bedenken schon heben. Es ist ja bey andern gerichtlichen Pfändungen ebenfalls gesetzlich, daß der Gerichtsdiener, obschon der Exequent in der Executionsschrift die zu pfändenden Güter des Executen genau beschrieben hat, noch ein Mahl eine, und zwar ämtliche Beschreibung derselben vornehme, von der Niemand behaupten wird, daß sie überflüssig sey; warum sollte man denn eine solche Ueberflüssigkeit bey einer Beschreibung des Erbrechtes von Seite des Gerichtsdieners behaupten? Sie ist somit nicht überflüssig, wenn nur ihre Möglichkeit nachgewiesen wird; diese stellt sich aber von selbst dar, wenn man bedenkt, daß ein bestimmtes Erbrecht so viele Merkmahle hat, welche sich alle aufzeichnen lassen, als: nach wessen Tode es anfiel, wann dieser Tod erfolgte, auf welchen Titel es sich gründet, ob Abschriften dieser Titel oder sonstige Documente dazu vorhanden sind, bey welchem Gerichte abgehandelt wird, welchen Umfang dasselbe habe, ob es sich nämlich auf die ganze Erbschaft oder auf einen

auch hier in seinem Executionsgesuche die einzelnen Erbschaftsgüter genau anzugeben haben, auf welche er die Execution führen will, wobey zu bemerken ist, daß er sie als zur Verlassenschaft gehörig ausweisen, und das Erbrecht seines Schuldners darthun müsse, weil sonst der Richter, in die Gefahr kommend, auf fremde Güter die Execution zu bewilligen, die Ertheilung derselben verweigern würde! In dem Bescheide auf das so instruirte Executionsgesuch wird nun der Richter den obigen Vorbehalt einfließen lassen, wornach, je nachdem das Erbgut ein bewegliches oder unbewegliches ist, die Beschreibung oder die Eintragung in die öffentlichen Bücher erfolgt.

Ist nun dieser erste Schritt geschehen, dann muß bis zur Einantwortung der Erbschaft mit den weiteren Executionsschritten inne gehalten werden, was ganz klar aus obigem Vorbehalte hervorgeht, indem das Recht der Gläubiger des Erblassers den Vorzug hat, und die executive Pfändung erst von der Einantwortung an wirksam ist.

Wie aber, wenn der Erbe, wohl wissend, daß seine mit dem vorläufigen Pfandrechte versehenen Gläubiger schon auf die, an ihn geschehene Einantwortung der Erbschaft warten, gar nicht um die Einantwortung ansuchte? Gibt es kein Mittel, dieselbe unabhängig von dem Willen des Erben zu erwirken? Ich glaube: „Ja." Man erwirke nämlich eine Pfändung des Erbrechts selbst, wie es oben angedeutet wurde, so kommt man in die Lage, diese Schritte an der Stelle des Erben zu thun, indem dieses für den Masseverwalter im Namen der Universalexequenten angeht, folglich auch anderen Exequenten gestattet seyn muß.

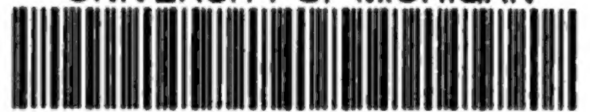
Ist nun die Einantwortung erfolgt, so ist das Pfandrecht auf die beschriebenen oder mit der Intabulation belegten Erbgüter wirksam, d. h. es ist die gesetzliche Möglichkeit vorhanden, dasselbe ganz seinem Zwecke zuzuführen. Da dieses bloß mittelst der Schätzung und Feilbiethung dieser Güter geschehen kann; so muß es nach dem Gesetze möglich seyn, diese zwey gerichtlichen Acte auszuführen, weßwegen auch, damit

sich das Gesetz nicht widerspricht, alles das möglich seyn muß, was ein nothwendiges und schickliches Mittel zu beyden diesen Amtshandlungen ist. Bey beweglichen Sachen biethet sich nun in der Regel durchaus keine Schwierigkeit dar, diese Schritte zu setzen; da die beweglichen Erbgüter schon beschrieben sind, so kann auf Grundlage dieser Beschreibung und des Einantwortungs-Instrumentes sogleich die Schätzung angesucht, verwilligt, und nach Vornahme derselben über weiteres Einschreiten zur Feilbiethung geschritten werden. Ausnahmsweise biethen aber die, noch auf den Namen des Erblassers lautenden Activforderungen desselben — sie seyen an den Staat oder an Private gerichtet, und im letzteren Falle intabulirt oder nicht — eine Schwierigkeit dann dar, wenn der Erbe sie noch nicht auf sich umschreiben ließ, und es thun zu lassen sich weigert, indem sie, damit der executive Käufer das Eigenthum darauf erwirken kann, zuerst auf den Namen des Erben umgeschrieben werden sollten. Allein diese Schwierigkeit läßt sich beseitigen. Einmahl kann sich der Exequent den Bezug der Interessen executive einantworten lassen, weil mit der Forderung auch die Interessen als Accidenz verpfändet sind, wodurch dann der Erbe indirect genöthigt würde, den Verkauf der Forderung zuzulassen, damit er doch von dem etwa erübrigenden Capitalsbetrage die Interessen fortbeziehe; oder der Exequent könnte, wenn jenes ein zu weiter Weg wäre, auf Grundlage des Eigenthums des Erblassers und der Einantwortung die Umschreibung der Schuldurkunden auf den Namen des Erben ansuchen, und diese Umschreibung müßte vom Gerichte bewilligt und eingeleitet werden, da sie einerseits nichts Anderes, als die Anwendung des generischen Actes der Einantwortung auf einen individuellen Gegenstand ist, und da andererseits diese Umschreibung als das nothwendige und schickliche Mittel des executiven Verkaufs der Forderung erscheint, welcher nach dem §. 822 des a. b. G. B. gesetzlich möglich ist, folglich auch die gesetzliche Möglichkeit dieser Umschreibung nach sich zieht. — Eine ähnliche Schwierigkeit entsteht auch bey der

Durchführung des executiven Pfandrechts auf den unbeweglichen Erbgütern, sobald der Erbe noch nicht als Eigenthümer eingetragen ist, und es verweigert, sich eintragen zu lassen. In diesem Falle geht es nicht an, den Anspruch des Erben auf das unbewegliche Gut zu veräußern, weil nach dem §. 822 des a. b. G. B. das Erbgut selbst, nicht der bloße Titel darauf, Gegenstand der executiven Pfändung ist, und nur dieser veräußert werden darf. Es scheint aber auch nicht anzugehen, das Erbgut zu veräußern, weil der Käufer natürlich die Bedingung seiner Intabulation setzt, diese aber nicht möglich ist, bevor der veräußernde Erbe selbst als Eigenthümer eingetragen ist. Indessen muß sich bey dem klaren Wortlaute des §. 822 des a. b. G. B., daß das Erbgut Gegenstand der Pfändung überhaupt, also auch der executiven ist, und diese Pfänduug nach geschehener Einantwortung wirksam werde, die letztere Schwierigkeit des executiven Verkaufs beseitigen lassen. Die Intabulation des Erben auf das Erbgut ist ein nothwendiges und schickliches Mittel zur Wirksamkeit des darauf haftenden Pfandrechts, da zur Durchführung des letzteren dem Gläubiger das Recht zusteht, so muß ihm auch zu jenem schicklichen und nothwendigen Mittel das Recht zustehen, d. h. er muß die Intabulation des Erben auf das Erbgut auch wider seinen Willen zu bewirken das Recht haben, was er auch mittelst der Einantwortungsurkunde wird bewirken können. Dieß dürfte bey der obigen Allerhöchsten Entschließung dermahlen durchaus keinem Zweifel mehr unterliegen, denn: da der Masseverwalter die Erbschaft oder das Vermächtniß zum Behufe der Masse annehmen darf, die ganze Cridamasse aber zu Gunsten der Gläubiger auf Geld gebracht werden muß; so müssen auch die unbeweglichen Erbgüter und Vermächtnisse auf Geld gebracht, d. h. veräußert werden, was aber, wie gezeigt, nicht anders geschehen kann, als dadurch, daß der Masseverwalter den cridatarischen Erben intabuliren läßt. Da nun dem Universal-Exequenten durch ihren Mandatar (Masseverwalter) das Recht zusteht, die Intabulation des Erben zu bewirken,

so wird es auch den einzelnen Exequenten zustehen, da ohne die Einzelnheiten es keine Universitas gibt. Es scheint zwar dieser Argumentation der Wortlaut eines Hofdecretes vom 26. Februar 1819, Z. 1548, entgegenzustehen; „dem Gläubiger könne die Gewähranschreibung seines Schuldners bey unbeweglichen Gütern, die in den öffentlichen Büchern als das Eigenthum eines Dritten erscheinen, nur dann bewilliget werden, wenn der Schuldner ihm zur Ueberreichung des Gewähranschreibungsgesuches eine ausdrückliche Vollmacht ertheilt, und die dazu erforderlichen Urkunden übergeben hat." Allein bey den executiven Veräußerungen werden nach unseren Gesetzen die Schritte des Gerichts durchaus so angesehen, als ob sie der Execut selbst unternehme. Denn obschon zunächst das Gericht verkauft, wird doch der Execut als Verkäufer angesehen, er muß Gewähr leisten, er bekommt den Ueberschuß u. s. f. Das Gericht erscheint also dabey als der gesetzliche Mandatar des Executen. Wenn nun das exequirende Gericht dem Exequenten die Bewilligung der Intabulation des Erben auf das Erbgut ertheilt, so ist es so viel, als ob der Erbe es selbst thäte; mithin hat ja der Exequent eine ausdrückliche Vollmacht des Erben in der Hand, diesen an das Eigenthum zu bringen, und hat (mittelbar) von ihm die Originalurkunden dazu erhalten, folglich steht dieses Hofdecret der obigen Argumentation nicht entgegen; es ist nicht nöthig, wie es schon geschah, eine Ausnahme von demselben zu machen, da schon eine Subsumtion des oben gesetzten Falls zum Ziele führt [1]). Gesetzt aber, man ließe diese Subsumtion nicht zu, so gibt es dermahlen noch Ein Mittel, diesem Hofdecrete zu begegnen, nämlich, daß es durch die oben

---

[1]) Ich könnte mich übrigens nicht überzeugen, daß der §. 822 des a. b. G. B. vom erwähnten Hofdecrete eine Ausnahme begründe, da das Hofdecret ein späteres Gesetz ist, folglich, wenn es mit dem §. 822 nicht vereinbart werden könnte, als diesem letzteren derogirend angesehen werden müßte.

angeführte Allerhöchste Entschließung **beschränkt** sey, und daß durch diese auch dem Exequenten gestattet ist, den Erben an das Eigenthum der Immobilien bringen zu lassen. Ist das Letztere geschehen, dann ist das weitere Verfahren in der Execution so, wie mit einer andern, dem Schuldner gehörigen unbeweglichen Sache.